I. pract. 17 ^{me} Barazetti

Die Rechtsmittel

der

Berufung und der Beschwerde

nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung.

Von

Dr. jur. Cäsar Barazetti,
Rechtsanwalt in Mannheim.

Berlin, 1882.
Verlag von Franz Vahlen.
Mohrenstraße 13/14.

168 lg
15/82
5

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

G. v. Wilmowski und M. Levy. — Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen. Herausgegeben von G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwälten beim Landgericht I. zu Berlin.

1881. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage.
XVI u. 1207 S. Lex. 8. Geheftet, Preis: 22 M. 50 Pf.
In Halbfranzband gebunden 25 Mark.

In einer längeren Besprechung der neueren civilprozessualischen Literatur vom Herrn Landgerichtsrath Gaupp in Ellwangen, abgedruckt im „Archiv für die civilistische Praxis“ 1881, ist nachstehende Beurtheilung des vorstehenden Kommentars enthalten:

„Von besonderer Bedeutung namentlich auch für die Bedürfnisse der Praxis ist der Kommentar zur Civilprozeßordnung von v. Wilmowski und Levy. Berlin bei Franz Vahlen. 1. Aufl. 1877/1878. 2. Aufl. 1881.

Der neue Prozeß stellt an den Rechtsanwalt ungleich größere Anforderungen als es bisher, wenigstens in denjenigen Ländern, in welchen der Prozeßbetrieb sich in den Händen der Gerichte befand, der Fall war. Die schwierigsten prozessualischen Fragen sind jetzt von dem Anwalt, ehe sie an das Gericht kommen, auf eigene Verantwortung und Gefahr zu lösen, während früher der Anwalt ruhig das Vorgehen des Gerichts abwarten und sich auf Beschwerdeführung ꝛc. beschränken konnte, so daß vielfach in der anwaltschaftlichen Praxis die spezifisch prozessualische Thätigkeit fast ganz in den Hintergrund trat. Um so wichtiger ist es für die deutsche Anwaltschaft, daß sie aus ihrer eigenen Mitte in dem vorliegenden Werke der Berliner Anwälte v. Wilmowski und Levy einen so zuverlässigen Führer durch das neue Prozeßrecht erhalten hat. Der Zeit seines Erscheinens nach wäre dieser Kommentar unter den ersten Bearbeitungen der C.P.O. aufzuführen gewesen. Da jedoch soeben eine sehr vermehrte 2. Auflage desselben erschienen ist, so empfahl es sich, sofort die Besprechung auch auf letztere auszudehnen. Obgleich in diesem Buche die Vorarbeiten zur C.P.O. in erschöpfender Weise verwerthet sind — v. Wilmowski war Mitglied der vom Bundesrathe im Mai 1871 berufenen Kommission zur definitiven Feststellung des Entwurfs einer C.P.O., — so haben sich doch die Verfasser mehr als es in irgend einem der bisher angeführten Werke geschehen ist, in der Form der Darstellung von diesem Materiale emanzipirt. Nicht leicht wird der Praktiker bei der Anwendung der Civilprozeßordnung auf eine prozessualische Schwierigkeit stoßen, ohne in diesem Kommentare eine Antwort auf die gestellte Frage zu finden. Die minutiösen Fragen, welche die C.P.O. hin und wieder darbietet, sind mit Schärfe und Klarheit erörtert. Die Verfasser sind in der 2. Auflage bereits in der Lage, die Erfahrungen einer einjährigen Praxis vor dem Gerichte der Reichshauptstadt zu verwerthen. Dabei ist in dieser Auflage jetzt das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozeß ꝛc. in spezieller Beziehung auf den preußischen Staat mit Benutzung der einschlagenden preußischen Ausführungsgesetze sorgfältig bearbeitet. Daneben haben aber auch die Ausführungsgesetze sämmtlicher übrigen deutschen Staaten Berücksichtigung gefunden, die allerdings nicht mit Ausführung ihres Inhalts, sondern nur unter Bezugnahme auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen, welche in der Separatausgabe des Ausführungsgesetzes derselben Verfasser abgedruckt sind; immerhin eine willkommene Unterstützung für Denjenigen, welcher sich in den Ausführungsgesetzen anderer Staaten rasch orientiren will.

Die über die Anwendung der C.P.O. bereits entstandenen zahlreichen Kontroversen sind überall gründlich und ausführlicher als in den meisten anderen Kommentaren erörtert. Der Umstand, daß die Verfasser bei jeder auftauchenden Frage stets alle praktischen Konsequenzen klar vor Augen haben, schützt sie vor einseitiger Geltendmachung theoretischer Standpunkte, ebenso vor einer zu starken Benützung der s. g. Auslegungsmaterialien, wenn auch hin und wieder die Frage aufgeworfen

[Fortsetzung auf der dritten Seite des Umschlags

Die Rechtsmittel

der

Berufung und der Beschwerde

nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung.

Von

Dr. jur. Cäsar Barazetti,
Rechtsanwalt in Mannheim.

Berlin, 1882.
Verlag von Franz Vahlen.
Mohrenstraße 13/14.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Dem großen Rechtslehrer,

Herrn

Geheimerath Dr. juris **Achilles Renaud,**

ö. o. Professor des Civilprozeßrechts, des deutschen Privatrechts und des französischen Civilrechts an der Universität zu Heidelberg,

ehrfurchtsvoll und dankbar

für die
aus seinem Unterricht und seinen Werken geschöpfte Belehrung

zugeeignet

vom

Verfasser.

Vorrede.

Im Laufe der Jahre 1879, 1880 und 1881 veröffentlichte ich eine Reihe von Abhandlungen über die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung in der im Verlage von J. Bensheimer in Mannheim erscheinenden und von dem Oberhofgerichtskanzler a. D., Herrn Dr. juris Franz Roßhirt in Heidelberg redigirten Zeitschrift „Annalen der Großherzoglich badischen Gerichte.“

Aufgemuntert von verschiedenen Männern unserer Wissenschaft, deren Beifall meine bescheidenen Arbeiten gefunden hatten, entschloß ich mich, solche in Buchform zusammenzufassen und sie so einem größern Leserkreise als dem immerhin weniger umfangreichen der besagten Zeitschrift, welche hauptsächlich, was in der Natur der Sache liegt, nur unter dem speziell badischen Juristenstande verbreitet ist, zugänglich zu machen. Ich habe die über die in diesem Buche behandelte Materie bereits, wie oben bemerkt, im Laufe der verflossenen letzten drei Jahre veröffentlichten Abhandlungen zu einem Ganzen zusammengestellt und vielfach überarbeitet. Hierzu veranlaßte mich insbesondere die große Anzahl der seit dem Inkrafttreten der neuen Reichsjustizgesetze erschienenen Kommentare, welche zum Theil wenigstens mehr oder weniger eingehend das Rechtsmittelgebiet der Reichscivilprozeßordnung besprechen und die leider auch hier zahlreich auftauchenden Kontroversen zu lösen versuchen. Diesen Kontroversen mußte ich natürlich, da sie bei der Veröffentlichung meiner Abhandlungen in Folge der damaligen Neuheit des Stoffes theilweise sich noch nicht gezeigt hatten, zumal erst die praktische Anwendung

des Gesetzes ein Feld früher nicht geahnter Meinungsverschiedenheiten erschließt, näher treten, versuchend, auch mein bescheidenes Scherflein zu ihrer Lösung beizutragen. Da in die Lehre von den Rechtsmitteln die verschiedenartigsten, theils den allgemeinen Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung, theils den besonderen Vorschriften dieses Gesetzbuchs über einzelne Verfahrensarten, Zwangsvollstreckung und dergl. angehörigen Prozeßmaterien hereinspielen, so mußten solche, soweit nöthig, auch zum Gegenstand der Besprechung gemacht und die hierher bezüglichen Streitfragen gleichfalls ventilirt werden. Wesentliche Unterstützung bei der Bearbeitung der mir gestellten Aufgabe, bezw. bei der Umarbeitung des bereits früher bearbeiteten Stoffes haben mir die Entscheidungen des Reichsgerichts geboten, welche namentlich in der Lehre von der weiteren Beschwerde Vieles zur Klarstellung dieses so vielfach bestrittenen Begriffs beigetragen haben und überhaupt manche Kontroverse, welche bei Besprechung der Berufung und Beschwerde zu berücksichtigen war, glücklich gelöst und entschieden haben. Manchen Entscheidungen des Reichsgerichts konnte ich freilich nicht unbedingt zustimmen. Dann haben mir ferner bei der Bewältigung des oft allzu spröden Stoffs meiner Arbeit namentlich die neuesten Auflagen von drei trefflichen Kommentaren dankenswerthe Fundstätten gewährt. Es ist dies insbesondere in erster Reihe der für die Theorie wie für die Praxis gleich ausgezeichnete in zweiter Auflage erschienene Kommentar der Civilprozeßordnung von v. Wilmowski und Levy, dann die dritte Auflage von Struckmann und Koch's und die zweite Auflage v. Bülow's Kommentar. Aber auch sämmtliche andere Kommentare habe ich bei meiner Arbeit zu Rath gezogen und in reichem Maaße benützt. Hier will ich auch bemerken, daß ich mich bei Besprechung vieler Punkte, namentlich wenn ich mich in voller Uebereinstimmung mit dem einen oder andern Schriftsteller befand, auf denselben einfach berufen und oft dessen Erläuterungen ihrem Wortlaut nach adoptirt habe, daß ich ferner bei manchen Lehren die Darstellung und Auffassung eines Kommentators, die ich für die beste erkannte, meinen Auseinandersetzungen zu Grunde gelegt und auf derselben weiter aufgebaut habe. Auch das gemeine Prozeßrecht in seiner

neuesten Literatur, namentlich die trefflichen Lehrbücher von Renaud und Wetzell, habe ich, soweit Gelegenheit sich hierzu bot, benützt und die sich mit dem neuen Prozeßrecht beschäftigenden Zeitschriften, soweit sie mir zugänglich waren, insbesondere die von Busch für deutschen Civilprozeß, bei den einschlagenden Fragen in meinem Buche verwerthet. Der Arbeit selbst mögen manche Mängel anhaften, ich kann in vielem geirrt haben, die Sichtung des spröden Stoffs und die Darstellung überhaupt mag vieles zu wünschen übrig lassen, allein ich glaube gleichwohl, daß manches mir zur Klarstellung der Rechtsmittellehre nach dem Reichscivilprozeßrecht gelungen ist.

So möge denn dieses Buch, in welchem ich sowohl der Theorie als auch der Praxis, soviel meine schwachen Kräfte es vermochten, Rechnung zu tragen suchte, hinausgehen und nicht allzu strenge Beurtheiler finden!

Mannheim, im April 1882.

Dr. juris Cäsar Barazetti.

Inhaltsverzeichniß.

I. Buch. Die Berufung.

I. Abschnitt.

II. Abschnitt.

B.

Die Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung über das Versäumnißverfahren in der zweiten Instanz und dessen Gestaltung im Berufungsverfahren (§ 504).

II. Buch. Die Beschwerde.

I. Buch.

Die Berufung.

I. Abschnitt.

Darstellung der Berufung, abgesehen vorerst von dem Berufungsverfahren nach eingelegter Berufung und der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht.

§ 1.

Einleitung. Begriff des „Rechtsmittels" nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung und dessen Präcisirung. Begriff der Rechtskraft nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung. Die Eintheilung, beziehungsweise Unterscheidung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche ist der deutschen Reichscivilprozeßordnung fremd.

Die deutsche Reichscivilprozeßordnung versteht unter Rechtsmitteln nur diejenigen prozessualischen Rechtsbehelfe, durch welche richterliche Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden können.

Die Reichscivilprozeßordnung faßt den Rechtsmittelbegriff weit eingeschränkter und enger als dies bis zur Einführung dieses Gesetzbuchs in irgend einem der in Geltung gewesenen Prozeßrechte der Fall war. Daß der Rechtsmittelbegriff des neuen Gesetzbuchs der angegebene und nur dieser ist, ergibt sich aus der Behandlung der Rechtsmittel im III. Buch, Abschnitt 1 bis incl. 3 des Gesetzbuchs, woselbst als Rechtsmittel im obigen Sinne lediglich folgende Rechtsbehelfe aufgeführt werden: 1. die Berufung (§§ 472—506); 2. die Revision (§§ 507—529) und 3. die Beschwerde (§§ 430—540) — in Verbindung mit den Motiven des Bundesraths zu dem revidirten Entwurf einer Civilprozeßordnung, der im Jahr 1874 dem Reichstage vorgelegen ist.

Die Motive besagen im allgemeinen einleitenden Theil § 11 S. 39 *) wörtlich Folgendes:

„Im Entwurf werden unter Rechtsmitteln prozessualische Rechtsbehelfe verstanden, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden. Damit scheiden aus der Reihe der Rechtsmittel die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeits- und Restitutionsklage u. s. w. Als Rechtsmittel kommen in Betracht die Berufung, die Revision und die Beschwerde." —

Demgemäß versteht die Reichscivilprozeßordnung unter Rechtsmitteln nicht einmal alle diejenigen Rechtsbehelfe, mit welchen Urtheile, die der Rechtskraft fähig sind, angegriffen werden können, und noch weniger alle solche Rechtsbehelfe, welche geeignet sind, andere als urtheilsmäßige Akte des Richters oder prozessualische Nachtheile, welche von selbst eintreten, aufzuheben.

So gehören nach der Reichscivilprozeßordnung nicht zu den Rechtsmitteln folgende Rechtsbehelfe: die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Nothfrist (§§ 211—216); der Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil (§§ 303—312, 640); die Nichtigkeits- und Restitutionsklage (Wiederaufnahme des Verfahrens §§ 541 bis 554); die Anträge auf Berichtigung des Urtheils wegen Rechnungsfehler und anderer offenbarer Unrichtigkeiten (§ 290), auf Berichtigung des Thatbestands (§ 291), auf Ergänzung des Urtheils wegen übergangener Punkte (§ 292); der Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl (§§ 634, 635), gegen einen Arrestbefehl (§§ 804, 805); die Anfechtungsklagen gegen einen Entmündigungsbeschluß (§§ 605 u. ff., 624), gegen Ausschlußurtheile in Aufgebotsachen (§ 834), gegen einen Schiedsspruch (§ 870).

Mit anderen Worten: Alle nicht devolutiven Rechtsbehelfe gehören nach der Reichscivilprozeßordnung nicht zu den Rechtsmitteln im Sinne dieses Gesetzes, entgegen der bisherigen Lehre. Vgl.

---

*) Ich citire hinsichtlich der Motive, Protokolle und dergl. in diesem Buche nach den Drucksachen des Reichstages, was schon aus dem Grunde am zweckmäßigsten ist, weil die beste und vollständigste Ausgabe der Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, nämlich die von Hahn, überall die Seitenzahl der authentischen Drucke angibt.

Wetzell, System 3. Aufl. §. 52. Renaud, Lehrbuch 2. Aufl. §. 172 Endemann, das deutsche Civilprozeßrecht (Lehrbuch) § 126.

Die Rechtsmittel der deutschen Reichscivilprozeßordnung sind Rechtsbehelfe, die alle Devolutiveffekt haben, und es sind ihrer nur drei: 1. die Berufung (§§ 472—506) als Rechtsmittel zweiter Instanz, 2. die Revision (§§ 507—529) als Rechtsmittel dritter Instanz; 3. die Beschwerde (einfache und sofortige §§ 530—540) als ergänzendes Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen, welche sich nicht als Endurtheile qualifiziren. Die Berufung und Revision sind Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen, die den Charakter von Endurtheilen, bezw. Quasi-Endurtheilen an sich tragen.

Im engen Anschluß an die oben aufgeführten Motive und im innigsten Zusammenhange mit den im III. Buche der Reichscivilprozeßordnung behandelten Rechtsmitteln, übereinstimmend mit der oben entwickelten Terminologie des Gesetzbuchs, bestimmt sodann der § 645 R.C.P.O. bezüglich des Begriffs der Rechtskraft der Urtheile, daß diejenigen Entscheidungen — Urtheile — rechtskräftig sind, welche innerhalb der statthaften Frist weder mit der Berufung, der Revision und der Beschwerde (den „zulässigen Rechtsmitteln", wie sich § 645 ausdrückt) noch mit dem einen der die Wiederherstellung bezweckenden Rechtsbehelfe, dem Einspruch, angefochten worden sind, obgleich dies an und für sich statthaft war — oder, wenn gegen dieselben weder die Rechtsmittel noch der Einspruch zulässig sind. Mithin zählt § 645 den Einspruch nicht zu den Rechtsmitteln im Sinne der Prozeßordnung.

Das Reichscivilprozeßrecht, wie es uns in der Reichscivilprozeßordnung vorliegt, unterscheidet nicht weiter in seinem Rechtsmittelsystem, auch hat es keinen allgemeinen technischen Ausdruck, der sämmtliche Anfechtungsmittel richterlicher Entscheidungen umfaßt, und ist dies immerhin ein Mangel des Gesetzes sowie auch jedenfalls sehr willkürlich, nur die Berufung, Revision und Beschwerde als Rechtsmittel zu bezeichnen, während die andern oben erwähnten Anfechtungsmittel richterlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe nicht so bezeichnet werden, obgleich sie der Natur der Sache nach sowie auch theilweise nach gemeinem Prozeßrechte und in vielen partikularen Civilprozeßordnungen als Rechtsmittel aufgeführt und bezeichnet sind, wenn auch nicht im Sinne der Reichscivilprozeßordnung. Dies erklärt sich daraus, daß unserer Reichscivilprozeßordnung das Rechts-

mittelsystem des gemeinen Prozeßrechts, die Eintheilungen und Kategorien desselben nicht zum Vorbilde gedient haben, daß man vielmehr bei der Abfassung und Redaktion des Gesetzbuchs von der Erwägung ausgegangen ist, daß der Begriff eines Rechtsmittels kein streng historisch gegebener ist, daß er vielmehr in der Theorie des Prozeßrechts wie in den Gesetzgebungen der einzelnen Staaten in verschiedenem Sinne genommen wird. Vgl. den oben cit. § 11 der Motive S. 39.

Das Rechtsmittelsystem unseres Gesetzbuchs kennt auch keine weiteren Eintheilungen der Anfechtungsmittel richterlicher Entscheidungen, namentlich ist ihm bei dem so engen Begriff dessen, was Rechtsmittel ist, fremd — d. h. es kommt in der Reichscivilprozeßordnung nicht vor und läßt sich auch aus dem von derselben angenommenen Rechtsmittelsystem juristisch nicht konstruiren — die dem gemeinen Rechte so geläufige Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche, ja man muß sagen: die Reichscivilprozeßordnung hat mit Absicht diese Ausdrücke nicht gebraucht, um keine Verwirrung zu erzeugen, was aus Folgendem klar werden dürfte.

Das Einführungsgesetz zu unserer Prozeßordnung theilt im Gegensatz zu dieser die Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche ein, und handeln von dieser Materie die §§ 18, 19 und 20 des Einf.-Ges. z. R.C.P.O.

Allein das Einführungsgesetz versteht unter „Rechtsmitteln" etwas ganz anderes als die Reichscivilprozeßordnung. Beide Gesetze regeln in den Vorschriften über die Rechtsmittel durchaus nicht dieselben Gegenstände.

Das Einführungsgesetz gibt die erforderlichen Uebergangsbestimmungen, welche vom alten, vor dem 1. Oktober 1879 bestandenen und in Deutschland in Geltung gewesenen Prozeßrechte zum neuen hinüberleiten sollen, und verbindet mit dem Ausdruck „Rechtsmittel" in dieser Beziehung einen ganz anderen Begriff als die Reichscivilprozeßordnung, welche uns die Richtschnur gibt für das künftig im deutschen Reich (vom 1. Oktober 1879 an) geltende Prozeßverfahren, und unter „Rechtsmittel" nur und allein das versteht, was ich oben ausgeführt habe.

Die §§ 18, 19 und 20 des Einf.-Ges. zur R.C.P.O. enthalten Uebergangsbestimmungen und handeln von den ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln des frühern in Deutschland gegoltenen, sei es gemeinen, sei es partikularen Prozeßrechts.

Der § 18 Einf.-Ges. lautet wörtlich, und zwar in Absatz 1, der uns hier allein interessirt:

„Auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze Anwendung."

Der Sinn ist offenbar der, daß alle vor dem Inkrafttreten der neuen Prozeßordnung bereits anhängigen Prozesse durch alle Rechtszüge bis zur rechtsgültigen Entscheidung (§ 19 Einf.-Ges.) nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen sind.

§ 19 Einf.-Ges. lautet:

„Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können. Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind."

Der Sinn des sich eng an den § 18 anschließenden § 19 ist also der, daß als ordentliche Rechtsmittel des früheren Rechts, der bisherigen Prozeßgesetze (§ 18) alle diejenigen Rechtsmittel zu betrachten sind, welche nach dem bisherigen Rechte, das nach § 18 Anwendung findet, an eine von dem Tage der Verkündigung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind, und daß im Sinne des Einführungsgesetzes rechtskräftig die Endurtheile sind, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel des früheren Rechts nicht mehr angefochten werden können. Die Rechtskraft ist demnach hier nicht im Sinne des § 645 C.P.O. zu nehmen. Vielmehr verweist der Absatz 2 des § 19 Einf.-Ges. auf die an eine Nothfrist gebundenen gemeinrechtlichen oder auch partikularrechtlichen Rechtsmittel, die sog. ordentlichen Rechtsmittel des gemeinen Rechts, d. h. diejenigen Rechtsmittel des gemeinen Rechts, welche an die zehntägige Interpositionsfrist gebunden sind, und des partikularen Rechts, d. h. diejenigen Rechtsmittel des partikularen Rechts, welche an eine dem gemeinen Rechte entsprechend nachgebildete Nothfrist gebunden sind, und deshalb auch ordentliche Rechtsmittel genannt werden. Die Rechtskraft tritt demnach hier im Gegensatz zu der Bestimmung des § 645 C.P.O. dann ein, wenn das Endurtheil mit einem ordentlichen

Rechtsmittel des früheren Rechts — gemeinen oder partikularen — nicht mehr angefochten werden kann.

Solche ordentliche Rechtsmittel des gemeinen Rechts sind: die Appellation, die Oberappellation, die Revision oder Läuterung, die Nichtigkeitsbeschwerde wegen heilbarer Nullitäten. Nach partikularem früheren Rechte kann man zu diesen ordentlichen Rechtsmitteln beispielsweise zählen: die in einzelnen Staaten in Prozeßordnungen bestimmt regulirten Rechtsmittel der Appellation und Oberappellation, den Rekurs des preußischen Verfahrens, den Einspruch der bisherigen Prozeßrechte (Hannover §§ 157 ff., 373, Bayern Art. 309—315, Württemberg Art. 381, 276 ff.), die Wiederherstellung gegen Versäumniß-Erkenntnisse nach den §§ 213—215 der badischen Prozeßordnung von 1864, die Opposition des rheinisch-französischen Prozesses u. a.

Solche im Sinne des § 18 Einf.-Ges. noch nicht rechtskräftige Urtheile sind mit den ordentlichen Rechtsmitteln des früheren Rechts anzufechten, auch wenn die neue Prozeßordnung schon in Kraft getreten ist.

Wenn aber solche ordentliche Rechtsmittel des früheren Prozeßrechts gegen Endurtheile, welche vor dem Tage der Inkrafttretung der neuen Prozeßordnung (d. h. vor dem 1. Oktober 1879) die Rechtskraft erlangt haben, nicht mehr zulässig sind, so können die sonstigen, d. h. die außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Rechts nicht mehr geltend gemacht werden, vielmehr sind in diesem Falle nur die neuen reichscivilprozessualischen Rechtsbehelfe der Nichtigkeits- und Restitutionsklage zulässig. Das Gleiche ist der Fall, wenn solche ordentliche Rechtsmittel des früheren Rechts gegen Endurtheile, welche in vor dem 1. Oktobar 1879 anhängig gewordenen Prozessen erst nach dem 1. Oktober 1879 die Rechtskraft beschritten haben, nicht mehr zulässig sind. Auch in diesem Falle können die außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Rechts nicht mehr zur Anwendung kommen, sondern nur die Nichtigkeits- und Restitutionsklage der Reichscivilprozeßordnung.

(Unter den außerordentlichen Rechtsmitteln des früheren Rechts versteht man im Gegensatz zu den ordentlichen Rechtsmitteln des früheren Rechts solche Rechtsmittel, die nicht an die zehntägige Interpositionsfrist des gemeinen Rechts oder an eine dieser entsprechend nachgebildeten Nothfrist des partikularen Rechts gebunden sind; hierher gehören: die querela nullitatis insanabilis oder Nichtigkeitsbe-

schwerde des gemeinen Rechts wegen unheilbarer Nullitäten, die In integrum Restitutio des gemeinen und preußischen Rechts [gegeben als Rechtsmittel gegen ein rechtskräftiges Urtheil] u. a.)

Dies ist der Gedanke des § 20 Einf.-Ges., der sich eng an die §§ 18 und 19 Einf.-Ges. anschließt.

Dieser § 20 Einf.-Ges. lautet in seinem uns hier allein interessirenden Absatz 1:

„Gegen Endurtheile, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprozeßordnung die Rechtskraft erlangt haben, sowie gegen Endurtheile, welche in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen nach demselben die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt."

Es läßt sich nicht verkennen, daß die Redaktion der §§ 18, 19 und 20 Einf.-Ges. keine gelungene ist, und daß die dunkle Fassung dieser Paragraphen nur geeignet ist, Kontroversen zu erzeugen. Wenn man jedoch den § 20 Einf.-Ges. so interpretirt, wie wir oben gethan, wonach die Bezeichnung „ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel" nur Bedeutung hat für die im Uebergangsstadium vom alten Prozeßrechte zur neuen Prozeßordnung anhängigen Prozesse, und nur in dem Einführungsgesetze vorkommt, hingegen für die nach dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Prozesse ohne alle Bedeutung ist, zumal die Reichscivilprozeßordnung diese Bezeichnung gar nicht kennt, ja sie sogar ihrem Rechtsmittelsystem widersprechen würde, so können keine Kontroversen entstehen.

Es wäre korrekter gewesen, wenn im § 20 Einf.-Ges. an Stelle des Passus: „finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt", die Gesetzesredaktion gesetzt hätte: „finden die außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Rechts nicht mehr statt, sondern nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung." Durch eine solche Redaktion wäre jeder Irrthum vermieden worden, zumal nach dem oben Ausgeführten der § 20 Einf.-Ges. nichts anderes als dies sagen will.

Es ist daher auch zwischen den Motiven § 11 (Einleitung) S. 39, die sich lediglich auf die Rechtsmittel der Civilprozeßordnung

in dem Sinn, wie wir sie am Eingang dieses Paragraphen charakterisirt haben, und nicht auf die in den §§ 18, 19 u. 20 Einf.-Ges. z. C.P.O. angeführten ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Prozeßrechts beziehen und dem Gesetze, d. h. der Civilprozeßordnung, kein Widerspruch.

Dies bestätigen noch besonders die Motive zu den §§ 18, 19 u. 20 Einf.-Ges. selbst — Mot. S. 490 —, welche einmal besagen, „daß der in § 18 aufgestellte Begriff der Rechtskraft im Hinblick auf das Rechtsmittelsystem der bestehenden Prozeßrechte einer Präzisirung bedurfte" — und dann, „daß die Vorschrift des § 17 (jetzt § 20) deshalb erforderlich war, um die Anfechtung eines Endurtheils mittels eines außerordentlichen Rechtsmittels im Sinne der bestehenden Prozeßgesetze nicht in ungemessene Fernen hinaus zu ermöglichen."

Gleichwohl hat Bolgiano in einer Abhandlung im Archiv f. d. civil. Praxis Band 59 S. 420 ff. diese Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche für die Civilprozeßordnung in Anspruch genommen unter Ignorirung des an die Spitze unseres Paragraphen gestellten Begriffs des „Rechtsmittels" der Civilprozeßordnung und den Motiven Ungenauigkeiten und Widersprüche mit den Gesetzesbestimmungen vorgeworfen.

Bolgiano gelangt, indem er sich auf § 19 Einf.-Ges. stützt, jedoch den transitorischen Charakter dieses Paragraphen nicht beachtet und als entscheidendes Kriterium zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln das aufstellt, ob sie an eine vom Tag der Zustellung laufende Nothfrist gebunden sind, zu dem Resultate, daß in Gemäßheit des § 19 Einf.-Ges. ordentliche Rechtsmittel sowohl im Sinne der Civilprozeßordnung als auch des Einführungsgesetzes seien: die Berufung, die Revision, die Beschwerde und der Einspruch (mit Bezug auf § 304 C.P.O.) sowie auch die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung der Partei (mit Bezug auf §§ 542 Nr. 4, 549 Abs. 3), daß hingegen die anderen Rechtsmittel (Rechtsbehelfe) außerordentliche seien, und zwar die Restitutionsklage sowie die Nichtigkeitsklage wegen Mangels in der Person des Richters (§ 542 Nr. 1—3). Er führt weiter aus, Rechtskraft sei die Unanfechtbarkeit eines Urtheils durch diese ordentliche Rechtsmittel, und unter Rechtsmitteln überhaupt verstehe man jede Beschwerde, wodurch die Abänderung oder Aufhebung einer richterlichen Entscheidung bezweckt werde.

Die Irrigkeit der Behauptung Bolgiano's, der in seinen Ausführungen stets auf das gemeine Prozeßrecht, das gerade bei dem Rechtsmittelsystem unserer Prozeßordnung nicht Platz greift, zurückgeht, dürfte sich aus meinen Ausführungen ergeben, und habe ich im Allgemeinen denselben den Aufsatz von Hinschius „über den Begriff des Rechtsmittels nach deutschem Reichscivilprozeßrecht" in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß von Busch I (1879) S. 7 ff. zu Grunde gelegt, in welchem derselbe die unrichtigen Ansichten Bolgiano's treffend widerlegt.

In C. Heymann's Kritischem Literaturblatt I S. 12 hat Reuling den Aufsatz von Hinschius besprochen und unter kleinen Aussetzungen dessen Ausführungen im Ganzen gebilligt. Auf Grund einer von Hinschius in dem o. a. Aufsatz gelegentlich gemachten Bemerkung, daß es im neuen Civilprozeß an einem generellen Ausdruck für sämmtliche Rechtsbehelfe und Anfechtungsmittel richterlicher Entscheidungen fehle, führt Reuling nebenbei aus, ohne zu behaupten, daß in der Civilprozeßordnung die Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche eingetheilt werden, mit den drei ordentlichen (im Sinne von „eigentlich" gebraucht) Rechtsmitteln der Berufung, der Beschwerde und Revision und den zwei außerordentlichen (Wiederaufnahmeklagen) sei der Kreis der Rechtsmittel im weiteren Sinn erschöpft, weder der Einspruch noch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Nothfrist könnten dazu gezählt werden.

Durch letztere Bemerkung Reuling's wurde Bolgiano nur in seinem Irrthum bestärkt und hat in einem weiteren Aufsatz „Zur Abwehr. II. Ueber Begriff und Eintheilung der Rechtsmittel" in der o. a. Zeitschrift von Busch II (1880) S. 110 ff. seine Behauptungen hartnäckig aufrecht erhalten, wobei er, des Näheren eingehend auf die gegen ihn polemisirenden o. a. Abhandlungen von Hinschius und Reuling, die in der o. a. Abhandlung im Arch. f. d. civil. Praxis dargelegte Begründung seiner Thesen, soweit er dabei auf § 19 Einf.-Ges. Bezug genommen hat, wegen des blos transitorischen Charakters (welchen betont zu haben, er nunmehr Hinschius vollkommen recht gibt) dieses § 19 zwar aufgibt, jedoch wider Erwarten und trotz der Anerkennung des transitorischen Charakters besagten Paragraphen gleichwohl nicht von dem aus dem gemeinen Prozeßrechte entlehnten und von ihm auch für unsere Prozeßordnung aufgestellten Begriff der Rechtskraft und des Rechtsmittels

sowie von der von ihm für die Civilprozeßordnung in Anspruch genommenen Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche abgeht.

Volgiano führt übrigens zur Begründung seiner Ansicht keine weiteren Gründe in's Gefecht als die, welche er bereits in seinem o. a. ersten Aufsatz im Arch. f. d. civil. Praxis angegeben hat — ja er kämpft mit weniger Gründen für seine Ansicht, da er ja den § 19 Einf.-Ges. nicht mehr für sich anzuführen vermag —, und führt dieselben nur noch des Weitern aus. Er stellt sich stets und allein auf den Standpunkt des gemeinen Rechts und findet das Charakteristische des Rechtsmittels in der Einwirkung auf das Urtheil und zählt außer den drei eigentlichen Rechtsmitteln noch zu denselben: den Einspruch, die Restitutions- und Nichtigkeitsklage und den Widerspruch gegen einen Zustellungsbefehl im Mahnverfahren. Die drei Rechtsmittel im eigentlichen Sinn sind ihm dann die ordentlichen, die übrigen die außerordentlichen.

Endlich hat Volgiano in einem weiteren noch neueren Aufsatz in der o. a. Zeitschrift von Busch III (1881) S. 199 „über den Begriff der Rechtsmittel" unter Bezugnahme auf seine Ausführungen in den genannten Zeitschriften und in seinem „Handbuch des Reichscivilprozeßrechts" S. 358 Note 2 seine Thesen über die Herübernahme des gemeinrechtlichen Begriffs von „Rechtsmittel" und der Eintheilung derselben in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel in das Reichs-Civilprozeßrecht noch eingehender durch „neue" Anhaltspunkte zu vertheidigen gesucht, ist jedoch in seinen Ausführungen zu keinem überzeugenderen Resultate gelangt. Wenn auch vieles von dem, was Volgiano behauptet, nicht zu verwerfen ist, so muß doch das als feststehend betrachtet werden, daß die Reichscivilprozeßordnung die Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche nicht kennt. Dies bestreitet auch Kries nicht, wenn ich denselben recht verstehe. In seinem Buch „Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses" behandelt er in der Einleitung unter anderem unsere Frage, ohne jedoch, wie mich bedünkt, zu einem sicheren Resultate zu gelangen. Er hat nemlich in seinem Buche die Berufung, Revision, Beschwerde und Wiederaufnahme des Verfahrens zum Gegenstand der Darstellung gemacht und sucht dies in der Einleitung damit zu rechtfertigen, daß er sich, gleichfalls auf dem Standpunkt des gemeinen Prozeßrechts stehend, dahin ausspricht,

daß die Restitutions- und Nichtigkeitsklagen Rechtsmittel sind, jedoch im Gegensatz zur Berufung, Revision und Beschwerde, die er als die ordentlichen Rechtsmittel bezeichnet, als außerordentliche Rechtsmittel erscheinen. Ob der deutschen Civilprozeßordnung diese Eintheilung der Rechtsmittel entspricht, hat Kries nicht expressis verbis ausgesprochen, er hat die Beantwortung dieser Frage offen gelassen, neigt sich jedoch mehr der Ansicht Bolgiano's zu. Im Uebrigen haben seine Ausführungen manches Ueberzeugende und Neue.

Unsere in diesem einleitenden Paragraphen ausgesprochenen Ansichten theilen übrigens auch die Kommentatoren der Reichscivilprozeßordnung, und steht Bolgiano mit seinen Thesen isolirt da.

Vgl. in dieser Hinsicht:

Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 18, 19, 20 Einf.-Ges. S. 801 ff.

Seuffert Civ.proz.ordn. Bem. zu §§ 18, 19, 20 E.-G. S. 868.

Uebel Civ.proz.ordn. II, desgleichen S. 373 ff.

Petersen Civ.proz.ordn. II, desgl. S. 946 ff. (2. Aufl.).

Endemann Civilproz. III, desgl. S. 541 ff.

Struckmann u. Koch Civilproz. (3. Aufl.) Bem. zu §§ 18, 19 u. 20 E.-G. S. 830 ff. Einl. Bem. zur Beruf. S. 437.

von Wilmowski u. Levy Civilproz. (2. Aufl.) Einleit. zum 3. Buch der R.C.P.O. S. 559 u. 560, Bem. zu §§ 18, 19 u. 20 E.-G. S. 1005 ff.

Sarwey Civilproz. II Bem. zu §§ 18, 19, 20 E.-G. S. 395 ff.

von Bülow Civilproz. (2. Aufl.) Einl. Bem. zur Beruf. S. 366 ff. Bem. zu §§ 18, 19, 20 E.-G. S. 637.

Gaupp Civilproz. III Bem. zu §§ 18, 19, 20 E.-G. S. 616 ff.

Hellmann Civilproz. (neue Ausgabe von 1881) III. Abth. Bem. zu §§ 18, 19, 20 E.-G. S. 253 ff.

Vgl. ferner noch:

a) zu § 18 E.-G.: die Mot. zu § 15 I. Entw., § 15 II. Entw., §§ 5—8, 12 Nordd. Einf.-Ges., Prot. S. 651, 749, 758;

b) zu § 19 E.-G.: die Mot. zu § 16 I. Entw., § 16 II. Entw., § 9 Nordd. E.-G., Prot. S. 651, 758;

c) zu § 20 E.-G.: die Mot. zu § 17 I. Entw., § 17 II. Entw., §§ 9 u. 10 Nordd. E.-G., Prot. S. 651, 758, 759.

Nach diesen einleitenden Erörterungen über den Begriff des Rechtsmittels der Reichscivilprozeßordnung, den wir im Sinne des Gesetzes

präzisirt haben unter Feststellung des Begriffs der Rechtskraft nach der Reichscivilprozeßordnung — und über die Thatsache, daß derselben die Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche, weil nicht mit ihrem Rechtsmittelsystem vereinbar, fremd ist, gehen wir nun in Folgendem zu der eingehenden Besprechung der uns gesetzten Aufgabe selbst über, indem wir zunächst das Rechtsmittel der Berufung nach der Civilprozeßordnung zum Gegenstande unserer Betrachtung und juristischen Untersuchung machen.

§ 2.

I. Begriff der Berufung nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung.
II. Ihrem Grundcharakter nach stimmt die Berufung der deutschen Reichscivilprozeßordnung mit der Appellation des römischen Rechts überein.

I.

Die Berufung ist dasjenige mit Suspensiveffekt versehene Rechtsmittel, vermittelst dessen eine Partei, nachdem in ihrem Rechtsstreit in I. Instanz ein Urtheil ergangen ist, das Recht auf Gewährung eines neuen judicium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem höheren Richter geltend macht, §§ 472. 487 C.P.O. Da die Berufung zu den Rechtsmitteln der Civilprozeßordnung gehört, versteht sich von selbst, daß das Urtheil der I. Instanz, welches mit der Berufung angefochten wird, noch nicht rechtskräftig sein darf; denn die Civilprozeßordnung versteht, wie oben — § 1 — ausgeführt worden ist, unter Rechtsmittel einen prozessualischen Rechtsbehelf, durch welchen noch nicht rechtskräftige Entscheidungen vor einem höheren Richter angefochten werden.

Die Berufung hat Suspensiveffekt, d. h. die rechtzeitige Einlegung dieses Rechtsmittels bringt den ganzen Rechtsstreit vor das höhere Gericht, das Berufungsgericht, und hindert die Rechtskraft des durch die Berufung angefochtenen Urtheils seinem ganzen Umfange nach, sowie für beide Theile. § 645 C.P.O.

Nach § 645 wird nämlich der Eintritt der Rechtskraft durch die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels gehemmt und somit auch die Vollstreckbarkeit des Urtheils. Gleichwohl können Urtheile trotz der rechtzeitigen Einlegung des Rechtsmittels vorläufig für vollstreckbar erklärt werden. In dieser Beziehung unterscheidet die Civilprozeßordnung solche Fälle, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung kraft Gesetzes, und ohne daß ein Antrag der Parteien vor-

liegt, einzutreten hat, und solche Fälle, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung nur dann durch richterlichen Ausspruch erfolgen muß, wenn ein darauf gehender Parteiantrag gestellt ist. §§ 648—650, 496.

Hervorzuheben ist hier noch hinsichtlich der Anordnung des Stoffes in unserem Gesetzbuch, daß in dem III. Buch, in welchem die Rechtsmittel (Berufung, Revision und Beschwerde) dargestellt werden, von dem Suspensiveffekt der Rechtsmittel, durch welchen die formelle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit der richterlichen Entscheidungen behindert werden, nicht eingehend gehandelt wird, sondern nur einmal desselben Erwähnung geschieht, nämlich bei der Beschwerde in § 535. Die eingehendere Behandlung findet sich erst im VIII. Buch, welches von der Zwangsvollstreckung handelt, und zwar in den §§ 645 ff.

Sodann ist von dem Suspensiveffekt noch die Rede in den §§ 248, 273, 276 bei den Fällen, wo eine Suspension, ein Stillstand des Prozeßverfahrens, eintritt oder eintreten kann, falls in den in diesen Paragraphen vorgesehenen Fällen die Berufung wider Theilurtheile oder Zwischenurtheile, die nach der Vorschrift des Gesetzes in dieser Beziehung als Endurtheile zu betrachten sind, eingelegt worden ist. Sonst finden sich im Gesetzbuch keine weiteren Bestimmungen hinsichtlich des Suspensiveffektes. Zum Schutze der durch den Suspensiveffekt möglicher Weise bedrohten Interessen des einen oder anderen Streittheiles, insbesondere, um Veränderungen und Deteriorationen des im Streite befangenen Gegenstandes vorzubeugen, ist der Arrest gegeben, und können einstweilige Verfügungen erwirkt werden, und sind hierfür die Bestimmungen des VIII. Buchs Abschnitt V, welche vom Arrest und den einstweiligen Verfügungen handeln, maßgebend. Durch die vorläufige Vollstreckbarkeit der Endurtheile ist nach den Worten der Motive „ein ungemein wirksames Korrektiv gegen den übermäßigen Gebrauch des Rechtsmittels der Berufung gegeben und der Gesetzgeber dadurch der Nothwendigkeit überhoben, die zweite Instanz für die Mehrzahl aller Rechtsstreitigkeiten abzuschneiden oder doch zu schmälern, indem er der Berufung eine mehr oder weniger beschränkte Nichtigkeitsbeschwerde oder einem diesem letzten Rechtsmittel nachgebildeten Rekurs substituirt" — was vielfach ventilirt wurde, da man der Berufung durch unbeschränktes Zulassen dieses Rechtsmittels gegen Endurtheile ohne das Erforderniß des Vorhanden-

seins einer Beschwerdesumme ein unbegränztes Feld eingeräumt hat. Vgl. Mot. Allgem. Begründ. § 13 a. E. S. 41.

Im Uebrigen ist zu bemerken, daß von den Rechtsmitteln die Berufung und die Revision stets und in allen Fällen Suspensiveffekt haben in der Weise, wie ich oben hiervon gehandelt habe, daß hingegen die Beschwerde regelmäßig nicht, sondern nur in den Ausnahmefällen des § 535 Suspensiveffekt hat, d. i. dann, wenn sie gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579 und 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist, und auch nur insoweit, als das Gericht, dessen Entscheidung durch Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde angefochten wird, anordnen kann, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei, oder als das Beschwerdegericht (der höhere Richter, der judex ad quem) vor der Entscheidung über die eingelegte Beschwerde eine einstweilige Anordnung erlassen kann, beziehungsweise die Anordnung treffen kann, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei. Ein weiterer Fall des Suspensiveffekts der Beschwerde findet sich im § 183 G.V.G. Vgl. Puchelt Civilproz.-Ordn. II. S. 479 ff. Anm. zu §§ 644—646; ferner Anm. zu § 535 S. 386. von Wilmowski und Levy Civilproz.-Ordn. Bem. zu § 535 S. 625, 732 ff. (2. Aufl.).

Die Berufung ist ein devolutiver Rechtsbehelf, da sie ein Rechtsmittel im Sinne der Reichscivilprozeßordnung ist, und alle Rechtsmittel derselben — die Berufung, die Revision und die Beschwerde — Devolutiveffekt haben, d. h. vor einem höheren Richter verhandelt werden. Von diesem Devolutiveffekt ist nirgends in der Civilprozeßordnung expressis verbis die Rede; er ergibt sich jedoch aus der Behandlung und Entwickelung des Rechtsmittels selbst, hier der Berufung, im System der Prozeßordnung, welche ihre Ergänzung, beziehungsweise Erläuterung aus dem Gerichtsverfassungsgesetze schöpft, indem in demselben festgesetzt ist, daß es folgende Berufungsinstanzen gibt: In den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind die Berufungsinstanz die Civilkammern der Landgerichte, § 71 G.V.G. In den vor den Civilkammern und Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten in I. Instanz verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind die Oberlandesgerichte die Berufungsinstanz, § 123 Ziff. 1 G.V.G. Eine weitere Berufungsinstanz gibt es nicht, namentlich nicht gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte; gegen diese gibt es keine Be-

rufung, sondern an Stelle derselben steht dem beschwerten Theil das Rechtsmittel der Revision an das Reichsgericht zu Leipzig zu, welches durchaus nicht der früher in den deutschen Bundesstaaten geltenden Oberappellation vergleichbar ist, sondern vielmehr als ein auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, als eine freigestaltete revisio in jure erscheint. Ueber die Revision vgl. insbes. die Mot. zu § 14 (allgem. Begründ.) S. 42.

Der Devolutiveffekt der Berufung ergibt sich folgeweise aus den Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung, insbes. aus § 497, indem durch diesen Paragraphen statuirt ist, daß das Berufungsgericht, die höhere Instanz, zu prüfen hat, und zwar von Amts wegen, nachdem die Verhandlung gepflogen worden ist, ob die Berufung an sich statthaft, und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt worden ist, und von Amts wegen hierüber zu entscheiden hat; ferner aus § 487, wonach vor dem Berufungsgerichte der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt wird. Hier ist also ausdrücklich vom Gesetze ausgesprochen, daß das Rechtsmittel der Berufung das Recht gibt auf Gewährung eines neuen judicium, auf Erneuerung und Wiederholung des bereits in I. Instanz verhandelten Rechtsstreits vor einem höheren Richter.

Der § 485 bestimmt sodann, daß das weitere Verfahren sich im Allgemeinen nach den in I. Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Bestimmungen richtet und entsprechende Anwendung der landgerichtlichen Verfahrensnormen eintritt, soweit sich aus den über die Berufung selbst gegebenen gesetzlichen Vorschriften keine Abweichungen ergeben. Hieraus folgt, daß die Berufung vollständigen und ganzen Devolutiveffekt erzeugt, was endlich noch aus den §§ 498 und 499 hervorgeht, wonach das Berufungsgericht zwar nur insoweit eine Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils eintreten lassen darf, als eine Abänderung beantragt ist, daß es jedoch über alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffende Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, zu entscheiden und, für den Fall, daß das Rechtsmittel begründet ist, das Erkenntniß des Unterrichters, welches mit demselben als beschwerend angegriffen worden ist, abzuändern und nach dem Berufungsantrag zu erkennen hat. Der Devolutiveffekt ist beschränkt in den Fällen des § 500 Ziff. 1—5, wovon an seiner Stelle des Näheren gehandelt werden wird.

Soviel über den Devolutiveffekt und den Begriff der Berufung im Allgemeinen, dessen einzelne Bestandtheile ich hiermit zur Genüge beleuchtet zu haben glaube. Ein weiteres Eingehen auf den Begriff ist einer detaillirteren Darstellung zu überlassen; hier war es mir hauptsächlich nur darum zu thun, in allgemeinen Umrissen die einzelnen Bestandtheile des Begriffs aufzurollen und einer allgemeinen Erörterung zu unterziehen.

Bemerkt soll hier noch werden, daß, da bei der Berufung der Reichscivil-Prozeßordnung ein neues judicium über denselben bereits beim Unterrichter verhandelten Rechtsstreit bei dem höheren Richter stattfindet — § 487 —, der Appellant recht bezeichnend im Gesetzbuch Berufungskläger, der Appellat Berufungsbeklagter genannt wird.

Auch erfordert die Berufung nicht wie die gemeinprozessualische Appellation oder wie die partikularrechtlichen Appellationen eine bestimmte Streit- oder Beschwerdesumme. Um der hierdurch möglicherweise eintretenden Gefahr eines frivolen, übermäßigen Gebrauchs der Berufung entgegenzuwirken, sind im Gesetzbuch, wie ich schon oben bemerkt habe, heilsame Schranken durch strenge Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile der Erstinstanzgerichte gegeben.

Vgl. die o. cit. Mot. Einleit. §§ 12 u. 13 S. 41.

Vgl. über den Begriff der Berufung noch insbesondere v. Wilmowski und Levy Civilproz.-Ordn. S. 560 ff. (2. Aufl.)

Gaupp Civilproz.-Ordn. II. S. 476 ff.

Struckmann u. Koch Civilproz.-Ordn. S. 437 ff. (3. Aufl.)

Petersen Civilproz.-Ordn. S. 323 ff. zu §§ 476—506. (1. Aufl.)

II.

Ihrem Grundcharakter nach stimmt die Berufung unseres neuen Prozeßgesetzes mit der Appellation des römischen Rechts überein. Die Appellation bildete sich bei den Römern erst während der Kaiserzeit aus, war der Regel nach nur zulässig gegen Decisivdekrete (Endurtheile) und erschien als eine Beschwerdeführung gegen Urtheile in Civilprozeßrechtsstreitigkeiten bei einem höheren Richter mit dem Rechte der Parteien auf Gewährung eines neuen judicium, d. h. auf Wiederholung und Erneuerung des Rechtsstreits.

Vgl. Const. 6 § 1 Cod. de appell. 7. 26.

Die Zulässigkeit der Appellation war durch einen gewissen Werth des Streitgegenstands nicht bedingt.

Vgl. Const. 20 Cod. de appell. 7. 62.

Die Anschauung der römischen Juristen, daß durch die Appellation der Rechtsstreit erneuert werden und das materielle Recht siegen solle, zeigt sich hauptsächlich darin, daß die Parteien neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel, die sie in I. Instanz nicht geltend gemacht hatten, insbesondere neue Thatsachen und neue Beweismittel in II. Instanz in's Treffen führen konnten — das sogenannte beneficium novorum —, ohne nachweisen zu müssen, daß sie diese in I. Instanz entweder nicht einbringen konnten, weil sie keine Wissenschaft von ihnen gehabt oder sie vorzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet hatten.

Vgl. Const. 6 § 1 Cod. de appell. 7. 62. § 2 eod. loco. Const. 4 Cod. de tempor. et reparation. 7. 63. Const. 37 in fine Cod. de appell. 7. 62.

Die Berufung der Reichscivilprozeßordnung hat im Wesentlichen dieselben Grundsätze, hat daher ihre Basis in der römischen Appellation und nicht in der Appellation, wie sie sich im gemeinen Prozeßrechte ausgebildet hat. Vgl. insbes. §§ 472, 485, 487, 488, 489, 491, 497, 498, 499 C.P.O.

Der gemeinrechtliche Begriff der Appellation, der sich aus der Schriftlichkeit des Verfahrens und im Anschlusse an das kanonische Recht entwickelt hat, ist ein anderer als der der Römer. Das gemeine Prozeßrecht faßt das Berufungsrecht als ein Recht auf Kritik des Verfahrens der I. Instanz auf oder als ein Recht auf Nachprüfung und Berichtigung des Urtheils der I. Instanz unter Zugrundelegung der Frage, ob richtig vom Unterrichter gerichtet, ob richtig geurtheilt sei, d. h. ob der Unterrichter das ihm von den Prozeßparteien vorgelegte Material richtig geprüft und auf Grund dieser Prüfung richtig geurtheilt habe; eine vollständige Verhandlung, bezw. Wiederholung des Verfahrens in II. Instanz ist nicht erforderlich; Appellation ist nicht nur zulässig gegen Decisivdekrete (Endurtheile), sondern auch gegen Zwischenurtheile, Interlokute und dgl.; das beneficium novorum ist abhängig gemacht von dem Ausschwören des Appellations-Eides, d. h. die Parteien müssen beschwören, daß sie die nova in der I. Instanz entweder nicht einbringen konnten,

weil sie keine Wissenschaft von ihnen gehabt, oder deren Einbringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet hätten.

Vgl. über die römische und gemeinrechtliche Appellation:

von Savigny System VI S. 187 ff. 486 ff.

Keller Röm. Civilproz. (3. Aufl.) § 82.

Walter Gesch. d. röm. R. (3. Aufl.) II Kap. 11: „Von den Rechtsmitteln" §§ 759 ff. S. 403 ff.

Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. u. Proz. d. sink. römischen Reichs (auch unter d. Titel: Handb. d. Civilproz.) I. S. 347 ff.

Bethmann-Hollweg Der Civilproz. d. gem. Rechts in geschichtl. Entwickl. I. (der röm. Civilproz.) S. 39 u. ff.

Schmid Handbuch d. gem. deutsch. Civilproz. III §§ 226 u. ff. S. 363 ff.

Zimmern Röm. Rechtsgesch. III §§ 169 ff.

Endemann Das deutsche Civilproz.-Recht (Lehrbuch) §§ 226 u. ff., § 230 ff.

von Bayer Vorträge üb. d. gem. Civilproz. 9. Aufl. §§ 306 u. ff. S. 1009 ff.

Wetzell System (3. Aufl.) § 54 S. 701 ff.

Renaud Lehrbuch (2. Aufl.) §§ 173 ff. S. 517 ff.

München Das kanon. Ger.-Verfahren I S. 514 ff.

Daß die Berufung ihrem Grundcharakter nach mit der Appellation des römischen Rechts übereinstimmt, besagen ausdrücklich auch die Motive zum revidirten Entwurfe von 1874. Vgl. allgem. Begründ. § 12 S. 39.

Nach diesen Erörterungen über den Begriff der Berufung und deren Uebereinstimmung mit der Appellation des römischen Rechts, soweit es sich um den Grundcharakter, die Prinzipien des Rechtsmittels handelt, gehen wir zur Beantwortung der Frage über: Gegen welche richterlichen Verfügungen ist die Berufung zulässig? Dies soll Gegenstand des § 3 sein.

§ 3.

Die appellabeln richterlichen Verfügungen insbesondere.

Die Berufung kann ihrer Natur nach nur gegen richterliche Verfügungen gerichtet werden, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, und zwar ist sie nur statthaft gegen alle kontradiktorischen Endurtheile der I. Instanz — § 472 —, jedoch mit Ausnahme

des Erkenntnisses wegen des Kostenpunktes — § 94 —, wovon später gehandelt werden soll. Gegen die Versäumnißurtheile findet der Rechtsbehelf des Einspruchs statt. Die auf Verzicht oder Anerkennung ergehenden Endurtheile unterliegen wie andere Endurtheile der Berufung — §§ 277. 278. Appellable Endurtheile sind auch diejenigen Urtheile, durch welche der Rechtsstreit an ein anderes Gericht verwiesen wird. §§ 249. 466. 467. Auch Urtheile, die im Zwangsvollstreckungs- und im Arrestverfahren ergehen, sind appellabel. §§ 802. 815. 805. 806. 807.

Die Berufung findet also statt gegen die Endurtheile des Amtsgerichts, und entscheidet über die gegen solche Endurtheile eingelegte Berufung das Landgericht. Sie findet ferner statt gegen die Endurtheile des Landgerichts in I. Instanz, bezw. der Kammern für Handelssachen, und entscheidet über sie das Oberlandesgericht. Vgl. §§ 71 u. 123 G.V.G.

Nach den ursprünglichen Entwürfen der Prozeßordnung vom Jahr 1871 und 1872 sollte die Berufung nur gegen die Endurtheile der Amtsgerichte zulässig sein, gegen die Endurtheile der Landgerichte hingegen nur das Rechtsmittel der Revision. Nach dem revidirten Entwurfe des Bundesraths vom Jahr 1874 wurde jedoch die Berufung auf die erstinstanzlichen Urtheile der Landgerichte ausgedehnt, und haben sich die Reichstagskommission und der Reichstag selbst dem Bundesrath in dieser Beziehung angeschlossen.

Vgl. Prot. S. 213—215; 725—731.

Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Vorbem. zu der Berufung, insb. S. 438 Anm. 2.

Vgl. auch Bähr die Rechtsmittel zweiter Instanz im deutsch. Civilproz., Jena 1871.

v. Canstein Grundlagen des Civilprozesses u. deren Durchführ. in den neuest. Civilproz.ges-Entw. Oesterreichs u. Deutschlands S. 105 ff.

Wach in d. krit. Vierteljahrsschr. B. 15 S. 88 ff.

Verhdlungen d. II. deutschen Anwaltstags Berlin 1871 S. 80 ff.

Komm.Bericht der Reichstagskomm. S. 7—11.

Der Satz, daß die Berufung statthaft ist gegen alle kontradiktorischen Endurtheile I. Instanz (§ 472 C.P.O.) bedarf einer eingehenden Erläuterung, um volle Klarheit über das, was unter diesen Endurtheilen zu verstehen ist, zu gewinnen.

Endurtheile im eigentlichen Sinne sind nicht nur diejenigen Urtheile, welche den Rechtsstreit im Ganzen, in seiner Totalität beendigen, sondern auch die Urtheile, welche ihn nur zum Theil beendigen, welche über einen quantitativen Theil des Rechtsstreits entscheiden — die sogenannten Theilurtheile, §§ 272–274 R.C.P.O.

Müßte man die Anfechtung der Theilurtheile durch die Rechtsmittel, also hier durch die Berufung, bis zur Anfechtung des in der Instanz ergehenden letzten Urtheils, des eigentlichen Endurtheils, aufschieben, so würde die Hauptwirkung der Theilurtheile, unnöthige Verzögerungen vollstreckbarer Entscheidungen auszuschließen, geradezu illusorisch werden. Vgl. Mot. zu §§ 452—454 (jetzt §§ 472—474) S. 297.

Als Endurtheile gelten ferner die bedingten Endurtheile — § 425 Abs. 1 —, durch welche auf die Leistung eines zugeschobenen oder richterlichen Eides erkannt wird; sowie die Purifikationserkenntnisse — § 427 Abs. 2 —. Diese Purifikationsurtheile sind dann appellabel, wenn andere Folgen, als die im bedingten Endurtheile festgesetzten, ausgesprochen worden sind, oder wenn der Eid mit Unrecht als erlassen oder verweigert angenommen wird.

Als Endurtheile sind dann noch die Urtheile zu bezeichnen, welche eigentlich ihrer Natur nach Zwischenurtheile sind, die jedoch die Civilprozeßordnung selbst in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile betrachtet wissen will, damit die unmittelbare Berufung gegen dieselben zulässig ist; sie gelten nur in dieser Beziehung nicht als Zwischenurtheile, sonst sind sie Zwischenurtheile. § 473.

Hierher gehören:

1) Urtheile, durch welche die prozeßhindernden Einreden — §§ 247, 248 Abs. 2 — verworfen werden;
2) Urtheile, durch welche vorab über den Grund eines Anspruchs entschieden wird, wenn dieser Anspruch sowohl seinem Grunde als Betrage nach gleichzeitig streitig ist (sog. Präjudizialentscheidungen) — § 276 Abs. 2.

Für diese beiden Fälle — §§ 248 Abs. 2 u. 276 Abs. 2 — besteht jedoch die Eigenthümlichkeit, daß das Gericht die Verhandlung der Sache trotzdem, daß die Berufung eingelegt ist, vornehmen lassen kann.

3) Urtheile im Urkunden- und Wechselverfahren, durch welche der dem geltend gemachten Anspruch des Klägers widersprechende Beklagte zwar verurtheilt, aber ihm zugleich die Ausführung

seiner Rechte vorbehalten worden ist — § 562 Abs. 1 und 3 — und endlich

4) Urtheile, durch welche nach Vorschrift des § 252 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen worden sind unter Vorbehaltung der Geltendmachung derselben durch den Beklagten im besonderen Verfahren. § 502 Abs. 1 und 3.

Ueber die sog. Präjudizialentscheidungen (§ 276) will ich hier noch Folgendes bemerken: § 276 bestimmt in Abs. 1 wörtlich: „Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden." — Der § 276 findet hiernach Anwendung auf alle Ansprüche, deren Grund und Betrag streitig sein kann, und nicht blos auf Ansprüche, die Schadensersatz oder Leistung eines Interesse im Auge haben. Der Anspruch darf nicht allein auf Feststellung im Sinne des § 231 oder § 253 geltend gemacht sein, sondern muß auf das Leisten einer Summe oder einer Quantität vertretbarer Sachen gehen, was schon im Ausdruck „Betrag" liegt; er kann ein dinglicher oder persönlicher, im Wege der Klage oder Widerklage erhoben sein, und ist es nicht nothwendig, daß der Anspruch, wenn er als Gegenforderung gegen die Klageforderung erhoben wird, stets im Wege der Widerklage geltend gemacht ist.

Vgl. von Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. 2. Aufl. Bem. 1 zu § 276 S. 365.

Endemann Civilprozeßordn. II zu § 276 S. 105.

A. M. ist Gaupp Civilprozeßordn. II zu § 276 S. 137.

Im Uebrigen ist der § 276 sehr streitig, und würde es uns von unserer Aufgabe zu weit abführen, uns hier weiter über denselben zu verbreiten.

Nach dieser kurzen Abschweifung kehren wir zur Sache selbst zurück.

Endurtheile sind endlich noch die Versäumnißurtheile. Als solche unterliegen dieselben der Berufung nicht. Denn der § 472 handelt lediglich von den kontradiktorischen Endurtheilen, was in diesem § 472 zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sich jedoch daraus ergibt, daß in § 474, gewissermaßen als im Gegensatz zu den Bestimmungen des § 472, von der Appellabilität der Versäumnißurtheile die Rede ist.

§ 474 Abs. 1, der wörtlich lautet: „Ein Versäumnißurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden", enthält den römisch-rechtlichen Grundsatz: con-

tumax non appellat, welcher auch dem gemeinen deutschen Prozeßrecht geläufig ist. Vgl. Wetzell System 2. Aufl. § 54 S. 708. 709.

Nach den Mot. S. 299 wollte man durch diese Vorschrift einer Umgehung der I. Instanz entgegentreten. Wenn nun, ungeachtet dieser Bestimmung des § 474 Abs. 1 das Rechtsmittel der Berufung eingelegt wird, so muß solches auf Grund des § 497 durch Endurtheil als „unzulässig" verworfen werden.

Hier sei noch hervorgehoben: Wenn im Verhandlungstermin des Untergerichts der Kläger erscheint, der Beklagte hingegen ausbleibt, so ergeht gegen den Beklagten auf Antrag des Klägers Versäumnißurtheil dahin, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden angenommen, und wird, soweit es den Klageantrag rechtfertigt, nach dem Antrag erkannt; soweit das Vorbringen des Klägers den Klageantrag nicht rechtfertigt, wird die Klage abgewiesen. §§ 296 Abs. 1 u. 2. 312. 560.

Findet in dem letzteren Falle also zum Theil Abweisung des Klägers und zum Theil Kontumazialurtheil gegen den Beklagten statt, so steht dem Beklagten der Rechtsbehelf des Einspruchs, dem Kläger hingegen die Appellation zu. Vgl. § 486.

Ganz richtig bemerken hier v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordnung 2. Aufl. Bem. 1 zu § 474 S. 564, daß der Einspruch des Beklagten in diesem Falle nicht das ganze Urtheil aufhebt, sondern nur den kondemnatorischen Theil desselben, so daß die Berufung des Klägers durchaus nicht überflüssig wird — und verfechten scharfsinnig diese Ansicht gegen die offenbar unrichtigen Ausführungen Wach's (Vorträge S. 146), der davon ausgeht, der Einspruch des Beklagten beseitige das ganze Urtheil, weil auch der den Beklagten absolvirende Theil des Urtheils ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten sei, weil die Grundlage desselben die poena confessi, das fingirte Zugeständniß der Klagethatsachen sei. Vgl. Wach a. a. O. S. 203 ff.

v. Wilmowski und Levy führen a. a. O. S. 564 überzeugend hiergegen aus, die Voraussetzung und das Resultat, zu dem Wach komme, sei deshalb unrichtig, weil die Abweisung des Klägers auf Grund des § 296 Abs. 2 nicht deshalb erfolge, weil die Klagethatsachen für zugestanden zu erachten seien, sondern trotzdem, und weil der Klageantrag die Klage nicht rechtfertige. Vgl. hierüber auch die mit von Wilmowski und Levy übereinstimmenden Com-

mentare, insbes. L. Seuffert Civilprozeßordnung Bem. zu § 474 S. 542. 543. Petersen II Bem. III zu § 474 (besondere Vorschriften bezügl. der Versäumnißurtheile) S. 327 (1. Aufl.). Struckmann und Koch Civilprozeßordnung zu § 474 S. 441 (3. Aufl.). Kries Rechtsmittel § 7 S. 161 ff.

Aus den Ausführungen von Wilmowski und Levy a. a. O. folgt auch weiter, wie dieselben überzeugend darthun, daß bei Einlegung der Berufung durch den Kläger — im gedachten Falle — gegen die, trotz der Versäumniß des Beklagten ergangene abweisende Entscheidung, das fingirte Zugeständniß der Klagethatsachen nicht unumstößlich bleibt, weil dies einmal nicht aus § 296 zu folgern ist, welcher Paragraph nur die I. Instanz im Auge hat, und dann auch nicht aus § 474 Abs. 1, sondern daß aus § 493 sich ergibt, daß dem Berufungsbeklagten in diesem Falle das Novenrecht zusteht. Vgl. Seuffert Civilprozeßordn. a. a. O. Struckmann und Koch Civilprozeßordn. a. a. O. Kries Rechtsmittel a. a. O. A. M. Wach a. a. O. S. 205, sowie Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. zu § 474 S. 483 u. 484.

Nach dieser Abschweifung zur Sache! Versäumnißurtheile unterliegen jedoch auch in einem Falle und nur in diesem für den Contumazirten der Berufung, wenn gegen sie zwar der Einspruch an sich nicht statthaft ist, die Berufung jedoch darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. §§ 474. 310.

§ 474 Abs. 2 sagt wörtlich: „Ein Versäumnißurtheil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe."

Sonst, so lange der Einspruch noch statthaft ist, kann das Versäumnißurtheil von der Partei, gegen welches es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden; sie hat lediglich den Rechtsbehelf des Einspruchs. §§ 303 ff. Man kann dies im Hinblick auf die §§ 303 ff. 310 auch so formuliren: Die contumazirte Partei kann nur dann gegen das Versäumnißurtheil appelliren, wenn sie sich im zweiten Ungehorsamsfalle (§ 310) befindet — d. h. wenn sie den Einspruch gegen ein gegen sie ergangenes Versäumnißurtheil eingelegt hat, jedoch im Termin u. s. w. nicht erscheint und der Einspruch deshalb auf Antrag des Gegners durch Versäumnißurtheil verworfen wird, wogegen ihr kein weiterer Einspruch zusteht — hingegen dann nicht,

wenn sie sich im ersten Ungehorsamsfalle (§ 303) befindet — d. h. wenn gegen sie ein Versäumnißurtheil ergangen ist, gegen welches der Einspruch an sich statthaft ist.

Ein dem Einspruch nicht unterliegendes Versäumnißurtheil ist nur das, welches überhaupt mit dem Einspruche nicht mehr angegriffen werden kann; ein solches ist ein nach § 310 erlassenes Versäumnißurtheil; nicht aber ein solches, welches, da die Frist abgelaufen ist, nicht mehr mit dem Einspruch angefochten werden kann. Vgl. Komm.-Prot. S. 231. 232.

Selbstverständlich ist, daß gegen die Urtheile der I. Instanz, durch welche ein Einspruch als unzulässig verworfen wird, die Berufung zulässig ist, §§ 306. 500 Nr. 1.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf hier auch noch eine Bestimmung unserer Prozeßordnung im Verfahren in Ehesachen. § 578 Abs. 4 bestimmt nämlich, daß, wenn der Beklagte in dem einen oder anderen Verhandlungstermine nicht erscheint, gleichwohl kein Versäumnißurtheil gegen denselben erlassen werden darf. Ein solches ist nur in dem einen Falle zulässig, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint, was natürlich auch auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung findet. § 578 Abs. 5. (Die Versäumniß des Klägers als solchen hat die gewöhnliche Folge. Wenn beide Parteien nicht erscheinen, so greift § 228 Platz.)

Es hängt diese Bestimmung des § 578 mit dem eigenthümlichen Charakter des Verfahrens in Ehesachen zusammen, bei welchem der Richter behufs Erforschung der materiellen Wahrheit im Interesse des staatlichen Schutzes der geschlossenen Ehen und der Heilighaltung des Eheinstituts als solchen eine Offizialthätigkeit zu entwickeln hat, weßhalb das Verfahren in Ehesachen auch vielfach anders gestaltet ist als das gewöhnliche ordentliche Prozeßverfahren, namentlich in Bezug auf das Kontumazialsystem. So bestimmt im Zusammenhange hiermit der § 577 unter anderem, daß im Verfahren in Ehesachen die Vorschriften der Prozeßordnung über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen u. s. w., über die Wirkung eines Anerkenntnisses, eines gerichtlichen Geständnisses nicht zur Anwendung kommen.

Im Anschlusse hieran führt dann der § 578 Abs. 4 aus, daß nur in dem einen Falle des Abs. 4 dieses § 578 die Erlassung eines

Versäumnißurtheils gegen den Beklagten im Verfahren in Ehesachen zulässig ist. Nun wirft sich die Frage auf, wie ist es zu halten, wenn das Gericht ein nach § 578 Abs. 4 unzulässiges Versäumnißurtheil in Ehesachen erläßt. Hat der Kontumazirte hier die Berufung (kommt die Vorschrift des § 474 Abs. 1, wonach Versäumnißurtheile von der kontumazirten Partei nicht mit der Berufung angefochten werden kann, nicht zur Anwendung) oder hat er den Einspruch?

Fassen wir zunächst die Mot. S. 366 in's Auge. Dieselben führen aus, daß eine nothwendige Konsequenz der Behandlung des gerichtlichen Geständnisses in Ehesachen die ist, daß auch das in der contumacia des Beklagten enthaltene fingirte Geständniß hier nicht zur Geltung kommen kann, daß dem entsprechend bei der Schaffung des Gesetzes die Bestimmungen über das Versäumnißverfahren und den Rechtsbehelf des Einspruchs dem Beklagten gegenüber, von dem Ausnahmefalle des § 578 Abs. 4 abgesehen, im Verfahren in Ehesachen außer Kraft zu setzen und mit den Vorschriften der Abs. 1—3 u. 5 des § 578 zu vertauschen waren. Im Anschlusse hieran wird in den Mot. a. a. O. weiter hervorgehoben, daß demgemäß, wenn der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin nicht erscheint, keine Verhandlung stattfindet, vielmehr auf klägerischen Antrag ein neuer Verhandlungstermin zu bestimmen und hierzu der Beklagte von Neuem zu laden ist — § 578 Abs. 1 — („die Wiederholung des Termins bietet — sagen die Mot. a. a. O. — den Ersatz für den Wegfall des Einspruchs —"), und daß, wenn nun der Beklagte auch den neuen Verhandlungstermin versäumt, gleichwohl die Verhandlung stattfindet, jedoch mit der Wirkung, daß Verhandlung und Entscheidung als kontradiktorisch, wenn auch auf Grund einseitiger Verhandlung, angesehen werden, so daß, wenn ein Urtheil ergeht, gegen dieses nicht der Einspruch, sondern nur die Berufung zulässig ist.

Also in Gemäßheit der Motive, durch welche man zur Schaffung des Gesetzes gelangte, ist unsere oben aufgeworfene Frage dahin zu beantworten, daß dem Beklagten in dem beregten Falle lediglich die Berufung zusteht. Dies folgt auch aus der Natur der Sache. Das Urtheil darf in unserem Falle eben kein Versäumnißurtheil sein, und wenn es auch vom Gericht als solches bezeichnet sein sollte, so kann es gleichwohl hierdurch den Charakter eines Versäumnißurtheils

nicht annehmen, nicht zum Versäumnißurtheil werden. Vgl. auch von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. Bem. zu § 474 S. 565 (2. Aufl.). Endemann Civilproz.ordn. III Bem. zu § 578, insbes. Bem. III S. 22, 23, 24. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 5 zu § 472 ff., S. 314. 315 u. Bem. 3 zu § 578 S. 431.

Wenn Puchelt a. a. O. II Bem. 5 zu § 472 ff. S. 315 unter anderem wörtlich sagt: „Trotz aller Strenge muß eben doch gegen ein nach § 578 Abs. 4 verbotenes Versäumnißurtheil die Berufung bei versäumtem Einspruch zulässig sein, weil ein solches Urtheil gar nicht die Natur eines Versäumnißerkenntnisses haben kann" —, so ist dies nicht recht verständlich, denn hiernach stünde ja dem Beklagten einmal der Einspruch und dann, wenn solcher versäumt, auch noch die Berufung zu, so daß er die Wahl zwischen Einspruch und Berufung hätte, was nach unseren Ausführungen nicht richtig ist und auch nicht richtig sein und nicht von Puchelt gemeint sein kann, weil es widersinnig wäre.

Im Hinblick auf meine Ausführungen bezüglich der Appellabilität der Versäumnißurtheile bemerke ich auch noch, daß die Berufung gegen ein wider die nicht geladene Partei ergangenes Versäumnißurtheil unzulässig ist. Vgl. hierüber Erk. des Reichsger. IV C.S. vom 5. Febr. 1881 i. S. Gründer g. Rosenbaum Nr. 560/80 IV O.L.G. Hamm, mitgetheilt in der „juristisch. Wochenschrift" (Organ des Deutsch. Anwalt-Vereins) 1881 Nr. 7 S. 55. Hier ist mit Recht ausgeführt, daß nach § 474 Abs. 2 die Zulassung der Berufung von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht wird, einmal, daß wider das Versäumnißurtheil der Einspruch an sich nicht zulässig ist, und dann, daß der Fall der Versäumung nicht vorhanden ist. Beide Voraussetzungen müssen zusammentreffen, um der Berufung Eingang zu verschaffen, zumal die Civilprozeßordnung nirgends den Einspruch wider ein Versäumnißurtheil, das gegen eine nichtgeladene Partei erlassen worden ist, für unstatthaft erklärt hat.

Was endlich die in Gemäßheit des § 312 Abs. 2 u. § 430 erlassenen Versäumniß-Zwischenurtheile anbelangt, so besteht Streit darüber, ob der § 474 auf dieselben Anwendung findet, ob namentlich dieselben gleich den Versäumnißendurtheilen zu behandeln sind und demgemäß von der Beurtheilung des Berufungsgerichts nach § 473 — wenn gegen das Endurtheil die Berufung eingelegt worden — ganz ausgeschlossen werden müssen, wenn der Einspruch

versäumt ist; und wenn der Einspruch an sich nicht statthaft ist, ob sie in Gemäßheit des § 474 Abs. 2 der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen nach § 473. Mit andern Worten, ob sie nicht generell, sondern nur nach Maßgabe des § 474 der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen.

Darüber besteht kein Streit, daß eine etwaige Berufung gegen das Versäumnißzwischenurtheil erst mit derjenigen gegen das Endurtheil stattfindet, aber darüber, ob das Versäumnißzwischenurtheil allgemein oder nur in der Beschränkung des § 474 Abs. 2 der Beurtheilung des Berufungsgerichts (§ 473) unterliege. Die Ansicht, daß es nicht allgemein, sondern nur in der Beschränkung des § 474 Abs. 2 der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliege, haben Wach Vorträge S. 187. 188; Hellmann Civilproz.ordn. Neue Ausg. (1881) II Bem. zu § 473 S. 388; Fitting Reichscivilproz. (5. Aufl.) Bem. 5 zu § 70 S. 266; Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 473 S. 326 und insbes. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 3 zu § 473 S. 541. 542; Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. Bem. 4 zu § 474 S. 442 (3. Aufl.).

Die richtige, entgegenstehende Ansicht, daß das Versäumnißzwischenurtheil generell und nicht blos in der Beschränkung des § 474 Abs. 2 der Beurtheilung des Berufungsgerichts (§ 473) unterliege, haben hingegen von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. Schlußbem. zu § 474 S. 566 (2. Aufl.), Petersen Civilproz.ordn. II Bem. zu § 473 S. 326 (1. Aufl.) und namentlich L. H. Müller in einer trefflichen Abhandlung „Beschreiten Zwischenversäumnißurtheile die Rechtskraft?“ in Busch's Zeitschrift f. Deutsch. Civilprozeß IV (1881) S. 321 ff., Kries Rechtsmittel § 7 S. 166 ff.

Von Seuffert, Wach u. s. w. wird zur Begründung ihrer Ansicht mit Unrecht alles Gewicht darauf gelegt, daß die Versäumnißzwischenurtheile so gut den Charakter von Versäumnißurtheilen tragen als die Versäumnißendurtheile, gegen welche es im Allgemeinen wegen des Grundsatzes: „contumax non appellat“ keine Berufung gebe. Werde der Einspruch versäumt, so trete Unanfechtbarkeit des Urtheils ein, sei hingegen der Einspruch an sich nicht zuläßig, so stehe dem Kontumazirten bezüglich des Versäumnißzwischenurtheils die Berufung zu, welche mit der Berufung gegen das Endurtheil verbunden gemäß § 473 das Versäumnißzwischenurtheil (§§ 310, 312 Abs. 2) der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterwerfe, jedoch

nur insoweit, als sich die Berufung darauf stütze, daß der Fall der Versäumung vorgelegen habe. § 474 Abs. 2. Gegen diese Auffassung ist zu bemerken — und stütze ich mich hier hauptsächlich auf die trefflichen Ausführungen von Wilmowski und Levy, Müller, Petersen a. a. O., deren Wortlaut ich mehrfach adoptire, — daß der § 474 zwar ganz allgemein und ohne jegliche Unterscheidung von Versäumnißurtheilen spricht, jedoch nur von der Anfechtung derselben mit der Berufung, mithin in keinem Zusammenhange mit § 473 steht, der nur von der Wirkung der gegen das Endurtheil eingelegten Berufung auf die demselben vorausgegangenen Entscheidungen spricht, daß mithin und folgeweise § 474 nur im untrennbaren und festen Zusammenhange mit § 472 steht, gewissermaßen als Ausnahme von der Regel, daß Endurtheile appellabel sind. Der § 472 hat wie § 474 nur die Endurtheile im Auge (sowie die Quasi-Endurtheile, die den Endurtheilen durch die Prozeßordnung aus prozeßpolitischen Gründen gleichgestellten Zwischenurtheile), § 474 statuirt nur als Ausnahme von § 472, daß die Versäumnißendurtheile, obwohl Endurtheile, im Allgemeinen nicht appellabel sind und nur im Ausnahmefall des § 474 Abs. 2 mit der Appellation angefochten werden können. Die Versäumnißzwischenurtheile hingegen sind keine Endurtheile, sie können als Zwischenurtheile nur mit der Berufung gegen die Endurtheile (§ 473) angefochten werden, sie fallen also nicht in die Sphäre des § 474, sondern lediglich in die des § 473, wonach der Beurtheilung des Berufungsgerichts alle dem Endurtheile vorausgegangenen Entscheidungen unterstehen mit Ausnahme der absolut unanfechtbaren oder der mit der Beschwerde anfechtbaren. Demgemäß erlangen durch die Versäumung des Einspruchs die Versäumungszwischenurtheile dieselbe Wirkung, wie wenn sie auf Grund kontradiktorischer Verhandlung ergangen wären. Sie können daher auch nicht mehr durch ein selbständiges Rechtsmittel beseitigt werden, sondern nur durch die Berufung gegen das Endurtheil. Die Versäumnißzwischenurtheile erscheinen, wie Petersen a. a. O. schlagend bemerkt, lediglich als Elemente der in der Folge ergangenen kontradiktorischen Urtheile. Nur die Instanz, das Gericht, das es erlassen hat, ist an das Zwischenurtheil (also auch an das Versäumnißzwischenurtheil) gebunden — § 289. Es ist nach Müller a. a. O. eine die Konstatirung des prozessualischen Sachverhalts zum Zweck

habende, nicht den Anspruch selbst betreffende Entscheidung und ist daher ein für die Instanz und nur für diese bindender Entscheidungsgrund. Wenn daher das Endurtheil durch die Berufung angegriffen wird, so unterliegen die Zwischen- und Versäumnißzwischenurtheile der Aufhebung durch den höheren Instanzrichter auch dann, wenn sie gar nicht angefochten sind, weil dieser seine Entscheidungsgründe nach seinem Belieben bilden kann. Vgl. Müller a. a. O. S. 322. Nach abgelaufener Einspruchsfrist ist das Versäumnißzwischenurtheil immer nur für die Instanz, die es erlassen hat, bindend; dem höheren Richter gegenüber erscheint es als Element eines kontradiktorischen Urtheils und ist daher für diesen nicht bindend.

Mit Recht bemerkt Müller a. a. O. S. 324, daß wenn man den Ansichten von Wach, Seuffert a. a. O. huldige, man zu der absolut unhaltbaren Konsequenz gelange, daß, während ein auf Grund der Verhandlung beider Theile ergangenes Zwischenurtheil gar keine Rechtskraft erlange, das rein formale Versäumnißzwischenurtheil solche erlange, wenn es auch noch so sehr gegen das materielle Recht verstoße. § 293 erscheint maßgebend, wonach Urtheile der Rechtskraft nur so weit fähig sind, als durch sie über den eigentlichen Prozeßanspruch entschieden wird. Da das Zwischenurtheil nur ein Entscheidungsgrund ist, da dasselbe nicht über den Prozeßanspruch entscheidet, da ein Entscheidungsgrund keine Rechtskraft gewinnt, so kann man vernünftigerweise die II. Instanz, die doch ein novum judicium sein soll, nicht an eine Entscheidung der I. Instanz binden.

Nach § 312 finden die Vorschriften des 3. Titels der Prozeßordnung („Versäumnißurtheil") auf Zwischenstreite entsprechende Anwendung. Es wird jedoch in Abs. 2 des § 312 scharf unterschieden zwischen Versäumnißzwischenurtheil und Versäumnißendurtheil. (§ 312 Abs. 2 lautet: „War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnißverfahren und das Versäumnißurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits.") Diese Unterscheidung hätte doch sicherlich keinen Sinn, wenn, der Ansicht Seuffert's, Wach's an a. O. entsprechend, ein Versäumnißzwischenurtheil im gegebenen Fall zur formellen Abweisung oder Verurtheilung durch Endurtheil führen würde (d. h. nach versäumtem Einspruch), indem das Endurtheil, entsprechend dem in Folge des versäumten Einspruchs rechtskräftig gewordenen und z. B.

eine den Klageanspruch zerstörende Einrede als bewiesen annehmenden Versäumnißzwischenurtheile, die Klage abweisen müßte. In diesem Falle hätte zwar der Kläger gegen das Endurtheil die Berufung, allein sie könnte ihm in einem solchen Fall von keinem Nutzen sein, da das Versäumnißzwischenurtheil für den Prozeß von materieller Entscheidung und unabänderlich wäre, hingegen das Endurtheil nur eine rein formelle und keine andere Bedeutung hätte. Wenn das richtig wäre, so wäre die Bestimmung des Abs. 2 § 312 vollständig zweck- und sinnlos; das Versäumnißzwischenurtheil kann nicht bindend für die II. Instanz bleiben. Wenn von Seiten der Gegner Seuffert, Wach a. a. O. zur Aufrechthaltung ihrer Ansicht sich auf § 495 Abs. 2 berufen wird, so spricht dieser Paragraph eher für als gegen unsere Meinung. Denn, wenn auch in Abs. 2 § 495 bestimmt ist, daß die in der I. Instanz erfolgte Verweigerung des Eides, welche durch Versäumnißzwischenurtheil ausgesprochen wird — § 430 — auch in der II. Instanz ihre Wirksamkeit behält, so ist auch weiter in diesem Abs. 2 § 495 statuirt, daß gleichwohl der Berufungsrichter von der Entscheidung, welche die Anordnung der Eidesleistung enthält, abgehen kann, wenn er sie nicht für gerechtfertigt erachtet; — hierdurch wird ja gerade dargethan, daß das Versäumnißzwischenurtheil, das auf dieser Entscheidung in erster Reihe ruht, die Bedeutung eines kontradiktorischen Urtheils hat, das aufgehoben werden kann. Wenn man sich ferner zur Aufrechterhaltung der unserer Meinung entgegenstehenden darauf beruft, es sei ja auch gegen die Versäumnißzwischenurtheile der Einspruch zulässig, man solle sich dieses bedienen, so beweist dies nichts, denn wenn auch die Versäumnißzwischenurtheile in einer Beziehung wie die Versäumnißendurtheile behandelt werden, so sind sie eben doch keine Versäumnißendurtheile.

Nur in wenigen Ausnahmen aus prozeßpolitischen Gründen, um im Interesse der Prozeßerledigung formelles Recht zu schaffen, ertheilt die Civilprozeßordnung Zwischenurtheilen, da wo sie als solche die Rechtskraft beschreiten sollen, den ausdrücklichen Charakter von Endurtheilen, §§ 217 Abs. 4. 276. 248. Dies sind jedoch alles Ausnahmen von der Regel, daß Zwischenurtheile — also auch Versäumnißzwischenurtheile — keine Rechtskraft beschreiten.

Mit Recht macht Müller a. a. O. S. 332 darauf aufmerksam, daß es sich de lege ferenda empfehlen würde, die Versäumnißzwischenurtheile nicht ausdrücklich für die Instanz bindend zu machen, son-

dern die obligatorische Trennung des Abs. 2 § 312 aufzuheben und es dem Richter in das freie Ermessen zu geben, gegen eine Partei, die einen (Termin im) Zwischenstreit versäumt, sofort ein Versäumnißurtheil (Endurtheil) zu erlassen. — Vgl. auch über diese Materie Begr. des Entw. S. 236. 237. Prot. S. 231. 232. 558.

Soviel von den Versäumnißzwischenurtheilen! —

Wenn im Verfahren einem Antrag auf Erlassung eines Kontumazialurtheils nach § 296 Abs. 2 nicht Folge gegeben wird, so ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben — vgl. § 300 —, d. h. wenn die Zurückweisung in Urtheilsform geschieht; erfolgt die Zurückweisung nur in Form eines Beschlusses nach § 301 in Verb. mit § 300, so findet nur sofortige Beschwerde statt. Erfolgt die Zurückweisung in Form eines Zwischenurtheils, so findet die Berufung nur mit der Berufung gegen das Endurtheil statt. —

Nach § 472 ist die Zulässigkeit der Berufung weder an einen bestimmten Werth des Streitgegenstandes gebunden (Beschwerdesumme), noch wird sie durch eine besondere Natur des Streitgegenstandes bedingt, jedoch ist nach § 94, der als eine Ausnahme des § 472 erscheint, da ja auch ein Endurtheil lediglich wegen des Kostenpunktes ergehen kann, die Entscheidung über den Kostenpunkt nur dann anfechtbar (appellabel), wenn zugleich das Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegt worden ist. Ist daher in der Hauptsache keine Entscheidung ergangen, so ist die Entscheidung über den Kostenpunkt absolut unanfechtbar. Es ist unrichtig, daß der § 94 voraussetzt, wie v. Bülow Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu 94 S. 63 annimmt, daß überhaupt eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen sei. Es ist daher nicht richtig, mit v. Bülow a. a. O. anzunehmen, daß, wenn allein wegen des Kostenpunktes eine Entscheidung ergangen sei, diese, wie jedes andere Endurtheil, durch Rechtsmittel anfechtbar sei. Gerade durch die Annahme v. Bülow's würde ja die Bestimmung des § 94, die die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt nicht zulassen will, ohne daß gegen die Entscheidung in der Hauptsache appellirt wird, illusorisch. Vgl. auch Motive S. 116. So auch v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordnung (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 94 S. 127. Fitting Reichscivilprozeß (5. Aufl.) § 70 Anm. 1 a. E. S. 265. Die Meinung von v. Bülow's theilt übrigens auch Kleiner Civilprozeßordn. I Bem. zu § 94 S. 435. Wenn der eine Streittheil in der Hauptsache ein Rechtsmittel einge-

legt hat, so kann der andere Theil im Wege der Adhäsion sich lediglich des Kostenpunktes wegen entschließen, ohne daß er in der Hauptsache adhäriren muß, weil ja bereits das Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegt ist. §§ 482. 518. Wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, so ist es möglich, daß, ohne daß eine Abänderung des Urtheils in der Hauptsache erfolgt, doch das Berufungsgericht hinsichtlich des Kostenpunktes abändern kann. Im Falle einseitiger Berufung oder Revision kann natürlich die Entscheidung über den Kostenpunkt nicht zu Ungunsten des Berufungs- oder Revisions-Klägers abgeändert werden. Dies ergiebt sich aus der Unzulässigkeit der reformatio in pejus. §§ 498. 522. Die Umgehung der Bestimmung des § 94 dadurch, daß das Rechtsmittel nur formell zur Hauptsache eingelegt und in der Instanz der Berufung nur hinsichtlich der Prozeßkosten aufrecht erhalten wird, ist nicht für zulässig zu erachten, da dies der Intention des Gesetzes zuwiderlaufen würde und Umgehungen des Gesetzes schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zuzulassen sind. In einem solchen Falle wäre die Berufung daher von Amtswegen auf Grund des § 497 als unzulässig zu verwerfen. Vgl. Motive zu §§ 91 u. 92 (jetzt §§ 93 u. 94) S. 115. 116. A. M. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 94 S. 127. § 94, der wörtlich lautet: „Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird" —, bezieht sich, wie auch von Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 1 Abs. 2 zu § 94 richtig annehmen, nicht auf die Einlegung des Einspruchs gegen ein lediglich über den Kostenpunkt ergangenes Urtheil: denn der Einspruch ist nach unserer Prozeßordnung kein Rechtsmittel und keine Anfechtung. A. M. ist Birkmeyer „Zur Lehre vom Versäumnißurtheil" in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Budde, Möller u. Birkmeyer I (1881) S. 82 u. 83, der ich nicht beipflichte. Birkmeyer a. a. O. führt aus, daß § 94 die Existenz einer Entscheidung in der Hauptsache voraussetze, was sich aus der ratio und dem Wortlaut des § 94 ergebe. Ich kann dies, wie bereits oben bemerkt, nun nicht finden, glaube vielmehr, daß sich aus der ratio und dem Wortlaut des § 94 ergiebt, daß eine Entscheidung, die in dem Kostenpunkte ergangen ist, unanfechtbar ist, es sei denn, daß auch in der Hauptsache entschieden worden ist und

mit der Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache auch die Entscheidung im Kostenpunkt angegriffen wird. Die Entscheidung wegen des Kostenpunktes allein ist unanfechtbar, einerlei ob in der Hauptsache eine Entscheidung ergangen ist oder nicht. Birkmeyer kommt dann, auf dieser meines Erachtens unrichtigen Auslegung des § 94 basirend, zum Schlusse, daß man, wenn man die absolute Unanfechtbarkeit der Entscheidung bezüglich des Kostenpunkts in unserem Sinne annehmen wollte, man allerdings auch die Anfechtung desselben durch den Einspruch ausschließen müsse, was eben nach dem oben Ausgeführten nicht richtig ist. Wenn man auch im Weiteren die Auffassung Birkmeyers a. a. O. theilt, daß, im Falle des Ausbleibens des Klägers nach Zurücknahme der Klage im angesetzten Verhandlungstermine, das vom Beklagten nach § 243 Abs. 3 beantragte und erlassene Urtheil wegen des Kostenpunktes kein Versäumnißurtheil, sondern ein kontradiktorisches Urtheil ist, so ist dasselbe, gerade weil es allein Entscheidung wegen des Kostenpunktes gibt, nicht mit der Berufung anfechtbar aus den oben angeführten Gründen und in Folge der richtigen Auslegung des § 94. Anders verhält es sich mit der Anfechtbarkeit der Entscheidung über den Kostenpunkt im Falle des Abs. 3 des § 476. Nach Abs. 3 § 476 hat die Zurücknahme der Berufung den Verlust des Rechtsmittels mit der Verpflichtung, die durch das Rechtsmittel verursachten Kosten zu tragen, zur Folge, was auf Antrag des Gegners ausgesprochen wird. Hier untersteht es keinem Zweifel, daß das Urtheil, welches, wenn man es mit Birkmeyer im Falle des Ausbleibens des Berufungsklägers als kontradiktorisch ergangenes auffaßt, dem Antrag des Gegners entsprechend den Verlust des Rechtsmittels mit Kostenfolge ausspricht, bezüglich des Kostenpunkts angefochten werden kann, wenn zugleich die Entscheidung bezüglich der Hauptsache (Verlust des Rechtsmittels) angefochten wird. Vgl. auch über § 94 Petersen Civilproz.ordn. I Bem. zu § 94 S. 184. 185 (2. Aufl.); ferner Entw. § 92 Prot. S. 33. 519 Nordd. Entw. § 156. Inappellabel, wenngleich er als Endurtheil erscheint, ist der Schiedsspruch (laudum) § 866; denn dieser hat die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils. Begr. d. Entw. S. 477. (Auch die Ausschlußurtheile im Aufgebotsverfahren sind inappellabel § 834.) Nicht appellabel, d. h. nicht selbständig anfechtbar mit dem Rechtsmittel der Berufung, sind in Folge der Vorschrift des § 472 alle diejenigen Entscheidungen des Untergerichts, welche nicht Streitpunkte

entscheiden, die als Theile des Streitgegenstandes erscheinen. Dies sind alle übrigen Entscheidungen des Gerichts, die theils Beschlüsse, theils Verfügungen, theils Urtheile sein können; insbesondere sind inappellabel die Zwischenurtheile, § 275. Ausgenommen sind hiervon die Zwischenurtheile, welche die Prozeßordnung selbst in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile betrachtet wissen will, damit die Berufung sofort und selbständig gegen sie zulässig ist, wovon oben die Rede war. Siehe Seite 20 d. B. Zwischenurtheile sind solche Urtheile, welche nicht eigentliche Objekte des Rechtsstreits, sondern Vorfragen zum Gegenstande haben, durch deren Erledigung die endliche Entscheidung des Streites vorbereitet wird. Es handelt sich natürlich hier blos um die Zwischenurtheile, die sich auf einen Zwischenstreit zwischen den Parteien beziehen. Vgl. Motive zu §§ 262—284 (jetzt §§ 272—294) über den Charakter und die Natur der Zwischenurtheile. S. 217 ff. Auch ist es einerlei, ob es Zwischenurtheile oder Versäumnißzwischenurtheile sind; beide unterliegen, wie oben Seite 26 ff. ausgeführt, als Entscheidungsgründe des Untergerichts der Beurtheilung des Oberrichters, und erscheinen auch die Versäumnißzwischenurtheile als kontradiktorische Entscheidungen und können daher vom Oberrichter abgeändert werden. Siehe oben Seite 26 ff.

Zwischenurtheile können nur erlassen werden, wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist. Solche Zwischenurtheile werden auch erlassen über Streitpunkte zwischen einer Partei und einem Dritten; diese interessiren uns hier nicht — §§ 68. 126. 352 —; gegen diese ist sofortige Beschwerde gegeben. Den Charakter eines Zwischenstreits werden meistens die Verhandlungen über Urkundenedition an sich tragen — §§ 386 ff. —, desgleichen die über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über die Echtheit von Urkunden — §§ 399 ff. —; das Verfahren, welches die Erklärung über die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstande hat, kann sich zu einem durch Zwischenurtheil zu erledigenden Zwischenstreite gestalten. § 430. — Das Charakteristische des Zwischenurtheils im Gegensatze zum Endurtheil liegt darin, daß es ein antizipirter Bestandtheil der Endentscheidung ist — § 426 Abs. 2 — und daher nur mit dieser durch Rechtsmittel angefochten werden kann. §§ 473. 510.

Nur ausnahmsweise unterliegen, wie schon oben dargelegt, Zwischen-

urtheile der sofortigen Anfechtung. Vgl. §§ 248 Abs. 2; 276 Abs. 2; 562 Abs. 3.

Beschlüsse und Verfügungen prozeßleitender Natur — z. B. der Beweisbeschluß § 325 — haben für das Gericht, das sie erlassen, keine bindende Kraft; hingegen Zwischenurtheile binden die Parteien und den Instanzrichter, der nicht davon abgehen kann. § 289. Ausnahmen hiervon sind enthalten in den §§ 290. 291 (Berichtigung des Thatbestands des Urtheils [Schreibfehler]).

Alle diese Entscheidungen des Gerichts, welche keine Endurtheile sind und theils Beschlüsse, theils Verfügungen, theils Urtheile sein können, welche nicht Streitigkeiten, die Theile des Streitobjekts sind, entscheiden, wozu also namentlich die Zwischenurtheile gehören, unterliegen (mit Ausnahme der als Quasi-Endurtheile erklärten Zwischenurtheile) der Beurtheilung des Berufungsgerichts, d. h. nur für den Fall, daß das Endurtheil (Theilurtheil) mit dem Rechtsmittel der Berufung angegriffen wird, und kann dann auch eine Aufhebung, Abänderung oder Bestätigung dieser Entscheidungen eintreten. Sie sind mittelbar appellabel. Vgl. Entw. 453. Nordd. Entw. S. 769. Prot. 231. 558. Sobald gegen das Endurtheil die Berufung eingelegt ist, ist sie auch gegen diese Vorentscheidungen eingelegt; die Zwischenurtheile bedürfen daher bei erfolgter Berufungseinlegung gegen das Endurtheil auch nicht formell der besonderen Anfechtung. Die Vorschrift des § 473 beruht auf dem für die Berufung adoptirten Prinzip der Prozeßconcentration, wonach diese Vorentscheidungen zusammen mit dem Endurtheile angefochten werden, sowie auch darauf, daß diese Entscheidungen, diese Zwischenurtheile u. dgl. von dem Gesetze als Vorbereitungen des Endurtheils angesehen werden. §§ 473. 510; Mot. zu §§ 452—454 (jetzt §§ 472—474) S. 296. 297.

(Wie Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. 4 zu § 473 S. 314, und Bem. 3 zu § 276 S. 90 zu der Anschauung gelangt, daß auch die ausnahmsweise appellabeln Zwischenurtheile (die Quasi-Endurtheile) durch Unterlassung der Berufung nicht rechtskräftig werden, sondern mit der Berufung gegen die Definitivsentenz nach § 473 angefochten werden können, ist nicht erklärbar, widerspricht dem Gesetze und findet auch keinerlei Unterstützung durch die übrigen Commentatoren.)

Die Prüfung dieser Vorentscheidungen, beziehungsweise vorbereitenden Entscheidungen, wächst gewissermaßen dem Berufungsgerichte

durch die Berufung gegen das Endurtheil an, setzt jedoch voraus, daß sie durch das Gesetz selbst nicht für unanfechtbar erklärt sind oder mit dem Rechtsmittel der Beschwerde nicht angefochten werden können. In diesen zwei Fällen hat das Berufungsgericht nicht mehr diese Vorentscheidungen zu prüfen, sie unterliegen keiner Anfechtung mehr. Dadurch, daß sie, im Falle sie mit der Beschwerde anfechtbar sind, nicht mehr der Beurtheilung des Berufungsgerichtes unterliegen, ist, wie v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 473 S. 563 treffend bemerken, die elektive Konkurrenz der Berufung und der Beschwerde ausgeschlossen; welche Ausschließung der mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen von der Anfechtung mit der Berufung die Mot. S. 298 a. E. als den Hauptzweck des Gesetzgebers zur Zulassung der Beschwerde bezeichnen.

Selbstverständlich ist, daß, insoweit die Prozeßordnung einzelne Entscheidungen jeder Anfechtung entzieht — siehe die folgenden citirten Gesetzesparagraphen — dieser Ausschluß jeder Anfechtung sich auch auf die Berufung bezieht. Der Ausschluß der Berufung in den Fällen, welche die Beschwerdeführung zulassen — §§ 530 ff. — betrifft nur die Entscheidungen, welche dem Urtheil vorausgegangen sind. Eine Ausschließung der Berufung findet in Gemäßheit dessen nicht statt in den Fällen, in welchen die Entscheidung, die beschwert — § 146 Nr. 5 — ein Bestandtheil des Endurtheils ist, das angefochten wird. Es genügt dann allein die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung und ist es nicht erforderlich, die beiden Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde mit einander einzulegen.

Solche unanfechtbaren Beschlüsse und Entscheidungen, deren Unanfechtbarkeit das Gesetz selbst ausgesprochen hat, und welche § 473 im Auge hat, sind folgende:

1) das Urtheil eines Landgerichts, das aus dem Grunde angefochten werden soll, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei — § 10 C.P.O. —;
2) der Beschluß des im Instanzenzug höheren Gerichts über die Zuständigkeit des suborbinirten Gerichts — § 37 Abs. 2 —;
3) der Beschluß, durch welchen das Gesuch um Ablehnung von Gerichtspersonen (Richter, Gerichtsschreiber) für begründet erachtet wird — § 46 Abs. 2 —;
4) der Beschluß über den Kostenpunkt, wenn nicht in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist — § 94 —;

5) der Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird — § 118 —;
6) der Beschluß, durch welchen die Beistände, die Parteien bei der mündlichen Verhandlung zurückgewiesen werden — § 143 Abs. 3 —;
7) der Beschluß, durch welchen das Gericht die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten auf Antrag anordnet — § 160 Abs. 1 —;
8) der Beschluß, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen wird — § 203 Abs. 3 —;
9) die Entscheidung, daß keine Aenderung der Klage vorliege — § 242 —;
10) die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden (also auch nicht die sich darauf stützenden Entscheidungen und Beschlüsse), wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, vorausgesetzt, daß Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung die Partei wirksam verzichten kann — § 267 — z. B. die Akte der Gerichtsvollzieher. Vgl. Mot. zu § 257 (jetzt § 267) S. 215.

Unanfechtbar sind ferner:

11) der Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung des Urtheils abgewiesen wird — § 290 —;
12) der Beschluß, durch welchen die Beweisaufnahme einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen wird — § 320 Abs. 2 —;
13) der Beschluß, welcher eine Berichtigung des Thatbestandes in Gemäßheit des § 291 ausspricht — § 291 Abs. 4 —;
14) der Beschluß, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen für begründet erklärt wird — § 371 Abs. 5 —;
15) der Beschluß einer vorläufigen Beweisaufnahme (Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß) — § 451 Abs. 2 —;
16) der Beschluß, durch welchen das Berufungsgericht die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils ausspricht — § 496 Abs. 2 — § 656 — (Zwischenurtheil);
17) der Beschluß, wodurch die Entmündigung aufgehoben wird — § 625 Abs. 2 —;

18) der Beschluß, wodurch das Gesuch auf Erlassung eines bedingten Zustellungsbefehls zurückgewiesen wird — § 631 Abs. 3 —;
19) der Beschluß, wonach, wenn eine Wiederaufnahme des Verfahrens oder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird, die Einstellung der Zwangsvollstreckung verfügt wird — § 647 Abs. 2 —;
20) der Beschluß, wodurch bei der Zwangsvollstreckung vorläufige Anordnungen getroffen werden — §§ 689. 690 —;
21) das Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren — § 834 Abs. 1 —;
22) der Schiedsspruch (laudum) — § 866 — und endlich
23) der Beschluß, wodurch ein Rechtsstreit von der Kammer für Handelssachen an die Civilkammer verwiesen wird und umgekehrt — § 107 Ger.-Verf.-Ges. —

Die Fälle, in welchen Entscheidungen mit der Beschwerde anfechtbar sind, ergeben sich aus den §§ 530 ff. C.P.O. und verweise ich auf dieselben und meine späteren Ausführungen über die Beschwerde.

§ 4.

Die zur Einlegung der Berufung nach der Deutschen Reichscivilprozeßordnung berechtigten Personen.

Berechtigt zur Einlegung der Berufung sind selbstverständlich diejenigen Personen, welche den Prozeß beim Untergericht, in der I. Instanz, geführt haben, die Hauptprozeßparteien, der Kläger und der Beklagte, sowie deren Universalsuccessoren. Hier ist zu bemerken, daß diejenige Partei, welche die Berufung einlegen will, sich hierzu stets eines beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalts bedienen muß, da bei den Kollegialgerichten, wozu ja die Berufungsgerichte gehören, Anwaltszwang statuirt ist. § 74 C.P.O.; § 27 Rechtsanw.-Ordn. Wenn die Partei schon in der I. Instanz einen Prozeßbevollmächtigten hatte, so ist zu unterscheiden, ob der Prozeß beim Amtsgericht oder Landgericht (und zwar in I. Instanz) geführt wurde. Wurde er beim Amtsgericht durch den Bevollmächtigten geführt, so mußte derselbe seine Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht nachweisen (einerlei, ob er Anwalt oder Nicht-Anwalt ist), und hat das Amtsgericht hierauf von Amtswegen zu sehen. § 76 C.P.O. Auf Grund dieser schriftlichen Vollmacht ist nun der Prozeßbevollmächtigte berechtigt, in Gemäßheit des § 77 für die II. Instanz, das Berufungsgericht (wo stets Anwaltszwang herrscht),

einen bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen behufs Einlegung der Berufung. Ist der Bevollmächtigte selbst Anwalt und zugleich beim Berufungsgericht zugelassen, so kann er natürlich selbst, auf Grund der ihm in I. Instanz schriftlich ertheilten und nachgewiesenen Vollmacht, die Berufung einlegen. Ist er kein Anwalt, so kann er den beim Berufungsgericht aufzustellenden Anwalt auf Grund seiner in der I. Instanz vorgelegten schriftlichen Vollmacht nach § 77 vgl. mit §§ 75, 76, 84 — behufs der Einlegung der Berufung entweder mündlich oder schriftlich bevollmächtigen. (Der berufungsbeklagtische Vertreter kann aber stets verlangen, daß der berufungsklägerische Anwalt seine Bevollmächtigung durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht [sog. Instanzvollmacht] nachweise.)

Fehlt es in den angegebenen Fällen (beim amtsgerichtlichen Verfahren) an der schriftlichen, für die I. Instanz vorgeschriebenen Vollmacht und ist das Erzinstanzurtheil ohne Beibringung solcher zu den Akten des Erstinstanzgerichts gefällt worden, so liegt eine Verletzung einer Verfahrensvorschrift vor, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann — § 267 Abs. 2, § 513 Ziff. 5 — es sei denn, daß die Partei, welche ohne schriftliche Vollmacht vertreten war, mündliche Vollmacht ertheilt oder die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. § 85 Abs. 2; § 513 Ziff. 6. Ist dies nicht der Fall, so kann das Berufungsgericht in Gemäßheit des § 501, da das Verfahren I. Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet (§ 267 Abs. 2 und § 492, bezüglich dessen Abs. 2 des § 267 in voller Geltung bleibt), unter Aufhebung des Urtheils I. Instanz und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, — also hier des ganzen Verfahrens, — die Sache an das Erstinstanzgericht zurückverweisen; es muß dies nicht, wird aber in unserem Fall kaum anders handeln können. Wegen der Entscheidung über den Kostenpunkt vgl. § 92 Abs. 2. Es wird übrigens bei Anwendung des § 501 nicht vorausgesetzt, daß der Mangel des Verfahrens als Aufhebungsgrund geltend gemacht ist; das Berufungsgericht kann die ihm durch § 501 gegebene Befugniß von Amts wegen ausüben. Vgl. Entw. § 480. Mot. S. 519. Prot. S. 243. Voraussetzung ist, außer dem wesentlichen Verfahrensmangel, der in der fehlenden schriftlichen Vollmacht liegt, natürlich, daß in I. Instanz vor dem kompetenten Gericht geklagt und die Klage den Vorschriften des Verfahrens entsprechend erhoben worden ist. Fehlt es

hieran, so findet nicht Zurückverweisung, sondern Abweisung der Klage durch das Berufungsgericht statt. Doch hiervon später, wenn von § 501 ex professo gehandelt wird. Vgl. § 17 dieser Schrift. —

Wurde der Prozeß in I. Instanz bei einem Landgerichte geführt, so war der Prozeß ein Anwaltsprozeß im Sinne des Gesetzes. Die Partei hatte und mußte haben als Bevollmächtigten: einen Anwalt, und zwar einen beim Landgericht zugelassenen, welcher sie auf Grund ertheilter Vollmacht vertreten hat. Dieser mußte seine Bevollmächtigung nur auf Verlangen des Gegentheils durch schriftliche Vollmacht nachweisen, und hat hier das Gericht nicht von Amts wegen den Vollmachtspunkt zu berücksichtigen. Es genügt, wenn nur der Rechtsanwalt, der auftritt, ein beim Landgericht zugelassener Rechtsanwalt ist. Hat der Gegentheil den Nachweis der schriftlichen Vollmacht nicht verlangt, so kann in II. Instanz der Mangel einer schriftlichen Vollmacht in I. Instanz nach §§ 267 Abs. 1. 429 nicht mehr gerügt werden, weil hier keiner der Fälle des § 267 Abs. 2 vorliegt. Auf Grund der ihm in I. Instanz mündlich oder schriftlich ertheilten Vollmacht, bevollmächtigt nun in Gemäßheit des § 77 der beim Landgericht aufgetretene Anwalt einen Anwalt für die II. Instanz wieder mündlich oder schriftlich zur Einlegung der Berufung. (Auch hier kann selbstverständlich der berufungsbeklagtische Anwalt verlangen, daß der berufungsklägerische seine Bevollmächtigung durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht [sog. Instanzvollmacht] nachweise.)

Wenn eine der Parteien die legitima persona standi in judicio nicht hat, d. h. rechtlich unfähig ist, den Prozeß selbst zu führen und die Berufung einzulegen, so hat ihr gesetzlicher Vertreter für sie zu handeln, ebenso, wenn sie diese Fähigkeit früher hatte, jedoch verliert. Fehlt es ihr in dem einen oder anderen Falle an einem gesetzlichen Vertreter, so hat ihr in Gemäßheit des § 55 der Gerichtsvorsitzende, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag des Gegentheils einen besonderen Vertreter zu bestellen — § 55 Abs. 1 —, welcher bis zum Eintritt ihres gesetzlichen Vertreters den Rechtsstreit führt.

Nach § 221 haben Personen, welche sich an einem Orte unter Verhältnissen, welcher ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Arbeiter, Studirende u. dgl. aufhalten, diesen Aufenthaltsort als besonderen Gerichtsstand für alle Klagen, welche gegen sie aus vermögensrecht-

lichen Ansprüchen erhoben werden — Abs. 1 § 21 —; nach Abs. 2 § 21 findet auf Militärpersonen der Abs. 1 § 21 der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonsortes tritt.

Nach § 55 Abs. 2 kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts diesen unter § 21 Abs. 1 u. 2 begriffenen Personen, falls sie nicht prozeßfähig sind, einen besonderen Vertreter bestellen, wenn sie bei diesem besonderen Gerichtsstand klagend belangt werden sollen. Es kann, abgesehen von diesen besonderen Fällen, der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei für dieselbe ohne Ermächtigung die Berufung einlegen, was sich aus seiner Stellung als Vertreter wie aus den Bestimmungen der §§ 50 ff. C.P.O. ergibt, natürlich, wenn das bürgerliche Recht eine ausdrückliche Ermächtigung zur Prozeßführung durch den gesetzlichen Vertreter verlangt, ist solche beizubringen.

Was die Einlegung der Berufung durch den Singularsuccessor anbelangt, so ist hier zu bemerken: Nach unserer Prozeßordnung schließt die Rechtshängigkeit (§ 235) das Recht der Parteien nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den strittigen Anspruch zu cediren. Allein hierdurch darf die Lage des Prozeßgegners nicht verschlechtert werden, weßhalb nur in einem Falle der Singularsuccessor berechtigt ist, ohne Zustimmung des Prozeßgegners durch die Einlegung der Berufung Hauptprozeßpartei zu werden. In dieser Beziehung bestimmt der § 237, daß, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, das für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig ist, im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger (Singularsuccessor) berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet ist, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen. In jedem anderen Falle der Singularsuccession kann der Singularsuccessor nur dann die Berufung einlegen, wenn er mit Zustimmung des Prozeßgegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle seines Rechtsvorgängers übernimmt. So namentlich im Falle der Cession des strittigen Objekts. § 236 Abs. 2. In den Fällen, in welchen er nur mit Zustimmung des Prozeßgegners die Hauptparteirolle übernehmen darf, darf er jedoch auch als Nebenintervenient auftreten und als solcher, wenn nur die Hauptpartei nicht widerspricht, die Berufung

einlegen. Er wird jedoch nicht in diesem Falle der Streitgenosse der Hauptpartei § 66. Für das gemeine Prozeßrecht, welches gleichfalls den aus dem römischen Recht entnommenen Grundsatz, der in § 237 statuirt ist, adoptirt hat, wonach das streitige Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Eigenthümer als dessen Vertreter angesehen wird, vgl. insbes. Wetzell System (3. Aufl.) § 6 S. 43 u. 44 Nota 8 — vgl. l. 31 § 7 Dig. de neg. gest. 3, 5 („uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur"), l. 4 § 5 Dig. fin. reg. 10, 1 („magis fundo quam personis adjudicari fines intelliguntur"), l. 7 pr. Dig. de public. 39, 4 („in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri"). Vgl. ferner: Mot. zu §§ 228 u. 229 (jetzt §§ 236 u. 237) S. 190. 191.

Nach § 218 C.P.O. ist statuirt, daß durch die Konkurseröffnung über das Vermögen einer Partei das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, d. h. wenn der Erfolg des Verfahrens an sich geeignet sein würde, einen Einfluß auf die Realisirung des Konkursanspruchs auszuüben, unterbrochen wird, bis dasselbe entweder nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird. Es fragt sich nun, von wem und gegen wen solche Prozesse aufzunehmen sind. Der Gemeinschuldner bleibt auch in diesen Prozessen allein Partei und bleibt an sich prozeßfähig, er kann daher auch nach der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen diese Prozesse persönlich aufnehmen und können sie gegen ihn aufgenommen werden. Aber die von ihm und gegen ihn vorgenommenen Prozeßakte können keine die Realisirung des Konkursanspruchs beeinträchtigenden Wirkungen ausüben. Es ist daher die Prozeßführung des Cridars an sich nicht nichtig, sondern nur in ihren Wirkungen auf das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen beschränkt. Der Konkursverwalter hingegen wird die Prozesse aufnehmen und fortführen, welche die Konkursgläubiger gegen sich gelten lassen müssen — nur er kann diese aufnehmen und fortführen und erscheint in dieser Beziehung als der gesetzliche Stellvertreter des Cridars und befugt, Rechtsmittel — hier die Berufung — einzulegen.

Bei den Prozessen, welche die Theilungsmasse betreffen, in denen der Cridar als Kläger vor der Konkurseröffnung figurirte, kann der Konkursverwalter im Interesse der Gläubiger als dieselben aufnehmend oder ablehnend auftreten. Lehnt er ab, so verzichtet er nicht auf das Prozeßrechtsverhältniß, sondern nur auf einen für

die Konkursmasse geltend zu machenden Anspruch, und wird der Cridar hierdurch bezüglich dieses Rechtsstreits wieder vollständig prozeßfähig und allein verfügungsberechtigt. Bei Prozessen hingegen, welche die Theilungsmasse betreffen, in welchen der Cridar Beklagter ist, hat der Konkursverwalter keine Wahl, ob er dieselben aufnehmen oder ablehnen will; er ist verpflichtet auf Aufforderung des Gegners hin, den Prozeß aufzunehmen — § 9 Konk.-Ordn. —, und zwar als gesetzlicher Stellvertreter des Cridars, welcher gleichwohl Partei bleibt, nur sind dessen Prozeßhandlungen den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; so kann er z. B. bei durch den Verwalter nach Eröffnung des Konkurses geführtem und durch denselben durch verurtheilendes Erkenntniß verlorenem Prozeß über Aussonderungsansprüche, bei welchem sich dieser zufrieden giebt, für sich die Berufung einlegen und für sich den Prozeß fortführen. Auch auf diejenigen Prozesse, welche gegen den Cridar vor der Konkurseröffnung über vermögensrechtliche Ansprüche, welche durch die Konkurseröffnung zu Konkursforderungen wurden, schwebten, finden dieselben Grundsätze, die oben entwickelt worden sind, Anwendung. Auch bei den Prozessen über Konkursforderungen bleibt der Cridar Partei, auch hier tritt, da seine Rechtshandlungen keinerlei Wirkung gegen die Konkursgläubiger äußern können, relative Unfähigkeit in der Prozeßführung desselben bezüglich seines Vermögens ein, soweit es zur Konkursmasse gehört.

Prozesse über Konkursforderungen können sowohl gegen den Verwalter oder den Cridar oder auch gegen beide zugleich aufgenommen werden. Vgl. über das Ausgeführte Aug. Sigm. Schultze „Das deutsche Konkursrecht" (Berlin, Weidmannsche Buchhdl.) namentlich 7. Abschn. S. 82 ff., 8. Abschn. S. 99 ff., welcher trefflichen Schrift ich obige Darlegung entnommen habe, da ich sie für zutreffend halte.

Es ist offenbar unrichtig, wenn Kries „Rechtsmittel" S. 33 den allgemeinen Satz aufstellt, daß der Cridar im Moment der Konkurseröffnung die Befugniß zur Disposition über seine Vermögensrechte verliere, die an die Gesammtheit der durch den Konkurskurator vertretenen Gläubiger übergehe, und daß die Civilprozeßordnung demnach vorschreibe, daß durch die Konkurseröffnung das Verfahren, sofern es die Masse betrifft, bis zur Aufnahme durch den Konkurskurator unterbrochen werde, welcher dann zur Führung des Prozesses und zur Einlegung der Rechtsmittel allein berechtigt sei. Die Civilprozeßordnung — § 218 — spricht nirgends von einer Aufnahme

und Fortführung der Prozesse durch den Konkurskurator. Gerade § 8 Konk.-O. besagt, daß auch der Gemeinschuldner Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen aufnehmen kann. Vgl. auch von Wilmowski Reichskonk.-Ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 8.

Nach dieser etwas abschweifenden Auseinandersetzung ist nun auch noch des Näheren in's Auge zu fassen, inwieweit Streitgenossen und Nebenintervenienten die Berufung einlegen können? — Gehen wir zuerst auf die Streitgenossenschaft über. Unser Gesetzbuch unterscheidet zwischen der freiwilligen Streitgenossenschaft, die als eigentliche oder uneigentliche Streitgenossenschaft erscheint, und der nothwendigen Streitgenossenschaft (wenn das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, oder die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde — d. h. nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts — eine nothwendige ist). Vgl. Mot. zu § 58 S. 81.

Die freiwillige eigentliche Streitgenossenschaft setzt Identität des Klagegrundes, Einheit des Rechtsverhältnisses bei den Streitgenossen voraus und ist in § 56 C.P.O. behandelt. Die freiwillige uneigentliche Streitgenossenschaft setzt Konnexität des Klagegrundes voraus und findet ihre Begründung in § 57 C.P.O. Vgl. auch von Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention u. s. w. mit bes. Berücks. d. neust. Civilprozeßgesetzentwürfe Oesterr. u. Deutschl. Wien bei Manz 1876 S. 7 ff., S. 13 ff. — Vgl. auch Warmuth „Von der Streitgenossenschaft nach d. deutsch. C.P.O." in Busch's Zeitschrift f. d. Civilpr. I (1879) S. 497 ff.

§ 59 C.P.O. endlich verbreitet sich über die nothwendige Streitgenossenschaft, deren Begriff ich bereits oben aufgestellt habe. Das prozessuale Prinzip für die freiwillige Streitgenossenschaft (§§ 56 u. 57) ist aufgestellt in § 58, welcher wörtlich besagt:

> „Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen den anderen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen."

Wendet man dieses Prinzip auf die Berufung an, so hat bei jeder Art der Streitgenossenschaft — bei der freiwilligen und nothwendigen — jeder einzelne Streitgenosse das Recht, unbekümmert um den an-

dern, die Berufung einzulegen; hingegen die Folgen der Berufungseinlegung sind verschieden, je nachdem die Streitgenossenschaft eine freiwillige oder nothwendige ist. Ist sie eine freiwillige im Sinne der §§ 56, 57, so gereicht die Berufung des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile; ist sie eine nothwendige, so wird das Prinzip des § 58 in Bezug auf die Versäumung von Terminen und Fristen in zwei Fällen, welche in § 59 vorgesehen sind, modifizirt, und kann in diesen Fällen die Berufung des einen Streitgenossen dem anderen zum Vortheil oder auch zum Nachtheil gereichen. Man kann daher sagen: Für diese zwei Fälle ist in § 59 das prozessualische Prinzip für die nothwendige Streitgenossenschaft aufgestellt. Bei der freiwilligen Streitgenossenschaft kann der appellirende Streitgenosse für die anderen nur appelliren, wenn sie ihn hierzu beauftragt haben, oder ihm von denselben die Genehmigung ertheilt worden ist; bei der nothwendigen Streitgenossenschaft vertritt der handelnde (hier: der appellirende) Streitgenosse den nicht handelnden (hier: den nicht appellirenden) auf Grund eines mandatum praesumtum.

Nach § 60, welcher sämmtliche Arten der Streitgenossenschaft behandelt, muß der appellirende Streitgenosse sammt dem Gegner auch die übrigen Streitgenossen laden lassen, was insbesondere bei der nothwendigen Streitgenossenschaft wichtig ist, weil sonst die Folgen, die in § 59 hinsichtlich der säumigen Streitgenossenschaft aufgestellt sind, nicht eintreten.

Vgl. Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Anm. zu § 60 S. 51. 52.

Kah Civilprozeßordn. (Mannheim 1881 b. J. Bensheimer) Bem. zu §§ 59. 60 S. 80. 81. 82.

Warmuth a. a. O. S. 497 ff.

Zur weiteren und eingehenderen Erörterung des Dargestellten ist es zweckdienlich und nothwendig, das gemeine Prozeßrecht hier in vergleichende Betrachtung zu ziehen. Der § 58 unserer Prozeßordnung stimmt mit dem gemeinen Prozeßrecht nicht überein, § 59 hingegen lehnt sich theilweise an dessen Bestimmungen an. Nach dem gemeinen Prozeßrechte haben nach der Litiscontestation die einzelnen Streitgenossen präsumtive Vollmacht für einander. Das gemeine Prozeßrecht, das die einzelnen Arten der Streitgenossenschaft nicht so streng, wie unsere Prozeßordnung, unterscheidet und normirt,

stellt für die Streitgenossenschaft überhaupt hinsichtlich der Ergreifung der Berufung durch einen einzelnen Streitgenossen und hinsichtlich der prozessualischen Wirkung, welche hierdurch für die anderen, nicht die Berufung eingelegt habenden Streitgenossen entsteht, den Grundsatz auf, daß die Appellation, wenn sie von einem günstigen Erfolg begleitet war, auch den Streitgenossen zu Gute kommen soll, welche nicht die Appellation ergriffen haben; sie sollen angesehen werden, als ob sie von den appellirenden Streitgenossen, die ja mandatum praesumtum haben, in appellatorio vertreten worden seien. Dies ist jetzt im Allgemeinen die communis opinio, wenn gleich noch große Divergenz der Ansichten der Prozessualisten besteht. Vgl. Schmid Handb. d. gem. deutsch. Civilproz. III § 230 S. 420 ff. v. Bayer Vorträge üb. d. gem. Civilproz. 9. Aufl. § 37 ff. S. 115 ff. Renaud Lehrb. d. gem. deutsch. Civilprozeßrechts § 59 (2. Aufl.). Wetzell System (3. Aufl.) § 54 Note 7—14 S. 704 ff. Endemann das deutsche Civilprozeßrecht (Lehrbuch) § 231 S. 894.

Da unsere Civilprozeßordnung diesen gemeinprozessualischen Grundsatz nicht adoptirt hat, ist er im Hinblick auf § 14 Einf.-Ges. zur C.P.O., als dem früheren gemeinen Prozeßrechte angehörig, aufgehoben und daher außer Geltung. Gleichwohl jedoch hat unsere Prozeßordnung, in theilweiser Anlehnung an die Bestimmungen des gemeinen Prozeßrechts und an den oben dargestellten Grundsatz desselben, im Falle der Streitgenossenschaft des § 59 — der nothwendigen Streitgenossenschaft — statuirt, daß, wenn das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder, im Falle die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden sollen, was nicht blos bei Versäumung der ersten mündlichen Verhandlung, sondern durch den ganzen Prozeß hindurch, also namentlich auch in der Berufungsinstanz gelten soll. Vgl. Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Anm. 3 zu § 59 S. 50.

Es erfolgt gegen die säumigen Streitgenossen kein Versäumnißurtheil, sondern ein kontradiktorisches Urtheil. Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren beizuziehen. § 59. Die ratio legis hinsichtlich der Bestimmung des § 59 ist nach den

Motiven zu § 57 die, daß in den Fällen, die § 59 im Auge hat, im Interesse des bürgerlichen Rechts, durch welches das in judicium geführte Rechtsverhältniß beherrscht wird, eine prozessualische Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Nothwendigkeit herbeigeführt werden muß, damit nicht durch widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß unlösbare Verwickelungen herbeigeführt werden. Vgl. Mot. zu §§ 56—60 S. 79, 80 ff. Aus § 59 folgt in Ansehung der Berufung für die nothwendige Streitgenossenschaft (in ihren beiden in § 59 erwähnten Arten), welche § 59 allein im Auge hat, insbesondere aus Abs. 2 desselben, wonach die säumigen Streitgenossen auch in dem „späteren" Verfahren zuzuziehen sind, — in Verbindung mit § 60, der für alle Fälle der Streitgenossenschaft gilt (sowohl für die freiwillige als auch die nothwendige), wonach das Recht zur Betreibung des Prozesses jedem Streitgenossen zusteht und er, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen (seine eigenen) Streitgenossen laden muß, — daß die nicht erschienenen Streitgenossen in der Berufungsinstanz auch wieder durch die erschienenen Streitgenossen vertreten erscheinen. Dadurch, daß in § 59 auch die Rede von Versäumung einer „Frist" ist, ist angedeutet, daß seine Vorschrift auch für die Rechtsmittel gelten soll. Die Motive zu § 59 besagen unter anderem wörtlich:

> „Diese nothwendige Verbindung (der Streitgenossen) gilt nicht nur für den ersten Termin, welcher zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache bestimmt ist, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits; sie tritt ein, sobald der Fall der Versäumung vorliegt, und währt bis dahin, daß der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt. Diese Betheiligung ist ihm jeder Zeit gestattet und er ist zu neuen Terminen zu laden, für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei, beziehungsweise nach § 60 einer Ladung der anderen Streitgenossen bedarf. Daß auf den säumigen Streitgenossen die §§ 153, 154 (jetzt §§ 160, 161) Anwendung finden, bedurfte nicht besonderer Hervorhebung."

Vgl. Mot. zu § 58 S. 83. Durch die allegirten Worte der Motive ist also besonders auf die Vertretung der nichterschienenen durch die erschienenen Streitgenossen in der Berufungsinstanz hingewiesen, vorausgesetzt, daß durch die erschienenen Streitgenossen förmliche Ladung vorher erfolgt ist. Es ist daher im Hinblick auf das oben Ausgeführte

folgender Grundsatz für die nothwendige Streitgenossenschaft des § 59 bezüglich der Wirkung der eingelegten und durchgeführten Berufung aufzustellen: Hat ein Streitgenosse die Berufung eingelegt und durchgeführt unter erfolgter förmlicher Ladung des Gegners und der übrigen Streitgenossen, so erscheinen die in II. Instanz nicht erschienenen Streitgenossen als durch ihn vertreten, einerlei, ob sie in der ersten I. Instanz erschienen oder nicht erschienen sind, da ja in dem einen oder anderen Falle die I. Instanz durch kontradiktorisches Urtheil abgeschlossen ist, es wäre denn, daß der eine oder andere in der II. Instanz nichterschienene Streitgenosse ausdrücklich auf die Berufung verzichtet hätte. Der § 59 setzt eine Streitgenossenschaft voraus, und solange und nur solange als diese besteht, gelten die Bestimmungen des § 59 für sämmtliche Instanzen. Die bloße Nichtantheilnahme an der Berufung, das Versäumen der Berufungsfrist, ist noch kein Austritt aus der Streitgenossenschaft; ein solcher erfolgt nur durch ausdrücklichen Verzicht auf die Berufung, nicht durch stillschweigenden Verzicht in Folge der Nichtantheilnahme an der Berufung; denn: konkludente Handlungen involviren keinen Verzicht. Dies ergibt sich auch aus der richtigen Interpretation des § 475, wonach nach Erlassung des Urtheils I. Instanz das Recht auf die Berufung nur durch Vertrag oder durch ausdrückliche Verzichtserklärung aufgegeben werden kann, deren Wirksamkeit nicht davon abhängig ist, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

Vgl. L. Seuffert Civilprozeßordn. zu § 472 Bem. 2. a Abs. 4; ferner zu § 475 Bem. 1. B. S. 544.

Uebel Civilprozeßordn. II Anm. 4 zu §§ 475 u. 476 S. 5.

Remelé Handbuch d. deutsch. Civilprozeßrechts § 69 S. 268.

Endemann Civilprozeßordn. II Anm. zu § 475 S. 402.

von Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 475 S. 567.

Struckmann u. Koch C.pr.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 475 S. 422.

von Bülow Civilprozeßordn. Bem. zu § 475 S. 369 (2. Aufl.)

Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 475 S. 516. 517.

von Sarwey Civilprozeßordn. I Bem. zu § 475 S. 657. 658.

Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. zu § 475 S. 487.

Hellmann Civilprozeßordn. Neue Ausgabe (1881) [theilweise übereinstimm.] II Bem. zu § 475 S. 391. 392, ferner Bem. zu § 472 S. 385. 386.

Dagegen:

Puchelt Civilprozeßordn. I Anm. 3 zu §§ 475. 476 S. 317.
Siebenhaar Civilprozeßordn. S. 482 Anm. ***.

Den subtilen Unterscheidungen Seufferts a. a. O. Bem. 2.a Abs. 4 zu § 472 kann ich nicht beipflichten, zumal ich durchaus nicht einzusehen vermag, daß es zweifelhaft ist, ob dann, wenn der Streitgenosse in der I. Instanz erschienen war, sich aber in der II. Instanz an der Berufung der anderen Streitgenossen nicht betheiligt, diese letzteren gleichwohl als Vertreter des nicht appellirenden Streitgenossen zu erachten seien? Seuffert a. a. O. kommt zu dem Schlusse, daß dieselben als Vertreter des nicht appellirenden Streitgenossen zu betrachten sind, jedoch nur deshalb, weil es keinen stillschweigenden Verzicht auf die Berufung, namentlich keinen durch konkludente Handlungen — also hier durch Nichtantheilnahme an der Berufung — gibt, und die Streitgenossenschaft trotz der Säumigkeit des einzelnen Streitgenossen fortbesteht. (Es handelt sich hier natürlich stets um die Streitgenossenschaft des § 59 — nothwendige Streitgenossenschaft). Die Argumentation Seuffert's ist nicht richtig. Nach den Motiven zu § 59 gelten die Bestimmungen des § 59 nicht blos für den ersten Termin, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits, also auch für die Berufungsinstanz; die nothwendige Verbindung der Streitgenossen tritt ein, sobald der Fall der Versäumung vorliegt, und währt solange, als der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt. Vgl. Mot. S. 83. Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn später, also hier in der Appellationsinstanz, der Fall der Nichtbetheiligung wieder eintritt, der Fall der Versäumung wieder vorliegt, also die Vertretung durch die nicht säumigen Streitgenossen eintritt, daß gegen die säumigen Streitgenossen dann stets kontradiktorisches Urtheil und nicht Versäumnißurtheil geeigneten Falls ergeht. Demgemäß und aus diesen Gründen ist der Streitgenosse, der in I. Instanz erschienen war, sich aber an der Berufung des anderen Streitgenossen nicht betheiligt, gleichwohl als durch diesen appellirenden Streitgenossen in appellatorio vertreten zu betrachten, und nicht deshalb, — wie Seuffert a. a. O. irrig annimmt — weil durch die Nichtantheilnahme an der Berufung kein Verzicht auf die Berufung anzunehmen ist, weil es keinen stillschweigenden, sondern nur einen ausdrücklichen Verzicht auf die Berufung gibt. Argumentirt man so, so ist der von Seuffert a. a. O. aufgeworfene Zweifel

gehoben, ja er vermag nicht aufzukommen. In allen anderen Fällen der Streitgenossenschaft, also namentlich in den Fällen der freiwilligen eigentlichen und uneigentlichen Streitgenossenschaft — §§ 56. 57 u. 58 — kann die Einlegung der Berufung Seitens eines Streitgenossen den säumigen anderen Streitgenossen weder nützen noch schaden, da hier von einer Vertretung des säumigen Streitgenossen durch den nicht säumigen, von einem mandatum praesumtum des letzteren, nicht die Rede sein kann. Vgl. auch Petersen Civilprozeßordn. II. Bem. zu § 472 ff. S. 329 (1. Aufl.).

Den eigenthümlichen Unterscheidungen Siebenhaar's Civilprozeßordn. S. 478 ist nicht beizupflichten.

Vgl. ferner v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 59 S. 84 ff., zu § 60 S. 86. Kries Rechtsmittel S. 35 ff.

Was das Berufungsrecht des Nebenintervenienten anbelangt, so kann nach gemeinem Prozeßrechte der Nebenintervenient allein auf eigene Hand appelliren, obwohl er in Folge der Nebenintervention nicht Streitgenosse der interventen Partei geworden ist; er kann sich auch der Appellation der Hauptpartei anschließen. Vgl. Renaud Lehrbuch (2. Aufl.) § 47, § 174; Bayer Vorträge (9. Aufl.) § 44; Wetzell System (3. Aufl.) § 54.

Anders verhält es sich nach der deutschen Civilprozeßordnung. Diese nimmt nicht an, wie z. B. die badische Prozeßordnung von 1864 in § 110, daß der Nebenintervenient in allen Fällen der Nebenintervention Streitgenosse des Interventen wird, sondern nur dann wird der Nebenintervenient nach § 66 C.P.O. Streitgenosse des Interventen, wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zum Gegner von Wirksamkeit wird. In diesem Falle gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des § 58; anders, als wie nach gemeinem Prozeßrechte, wonach der Nebenintervenient niemals Streitgenosse der interventen Partei wird. Vgl. auch noch für das gemeine Prozeßrecht: Mayen „Die sog. accessor. Intervention im Civilprozeß" in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XXII S. 365 ff., hier insbes. S. 451 Note 57 (auch als Separatabdruck erschienen).

In dem Falle des § 66 C.P.O., in welchem der Nebenintervenient Streitgenosse der Hauptpartei wird, kann er die Berufung einlegen,

sowohl wenn er bereits in I. Instanz am Streite betheiligt war, als auch, wenn dies nicht der Fall war, da er ja auch in der Berufungsinstanz interveniren, sich in der II. Instanz als Nebenintervenient durch die Berufungseinlegung inauguriren kann. Erscheint der Nebenintervenient hingegen nach unserer Civilprozeßordnung nicht als Streitgenosse der interventen Partei, sondern nur als Assistent der Hauptpartei im Streite, so kann er nicht auf eigene Hand appelliren, sondern nur mit Auftrag und Genehmigung der interventen Partei; — auch kann er sich der Hauptpartei, wenn diese ein Rechtsmittel ergriffen hat, anschließen. Die von ihm eingelegte Berufung ist daher auch dem Verzichte oder der Zurücknahme der Berufung Seitens der Hauptpartei gegenüber ohne Wirkung. Dies ergibt sich aus der richtigen Interpretation der §§ 63, insbes. 64, im Gegensatz zu §§ 66 u. 58. Vgl. auch Petersen Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 472 ff. S. 328. 329. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 2. b zu § 472 S. 540. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. IV zu § 472 S. 398. Bolgiano Handbuch d. Reichscivilprozeßrechts auf rationell. Grundl. mit vergl. Darstell. des gem. deutsch. Civilproz. Allgem. Theil S. 222 ff., insbes. S. 228. Puchelt Civilproz.ordn. I Bem. zu §§ 63 ff. S. 256 ff. Remelé Handbuch S. 68. Fitting Lehrbuch d. Reichs-Civilprozeßrechts (5. Aufl.) § 25 S. 71 ff. Uebel Civilproz.ordn. I Anm. 3 zu § 63 S. 72, Anm. 4 zu § 66 S. 75. von Canstein Streitgenossenschaft u. Nebenintervention u. s. w. S. 55 ff. A. S. Schultze „Die rechtliche Stellung des sog. Nebenintervenienten im Rechtsstreit". Abhandl. in Busch's Zeitschrift für deutsch. Civilproz. II (1880) S. 20 ff. (auch als Separatabdruck erschienen). Vgl. auch über die Lehre von der Streitgenossenschaft und Nebenintervention namentlich hinsichtlich des gemeinen Rechts. Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten — an verschiedenen Orten; vgl. auch die Ausführungen von Kries Rechtsmittel S. 34 ff. von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 63 ff. S. 90 ff.

Soviel über das Recht des Nebenintervenienten, die Berufung einzulegen. Was die Hauptintervention anbelangt, so ist dieselbe, während der Rechtsstreit in der Instanz der Berufung oder Revision schwebt, stets zulässig, jedoch ist die vom Hauptintervenienten zu erhebende Klage bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses immer bei demjenigen Gericht zu erheben, vor welchem der Prozeß in der I. Instanz anhängig wurde, und steht dem Hauptintervenienten

gegen ein auf seine Klage vom Untergericht erlassenes Urtheil stets die Berufung zu §§ 61. 62. Es können sonst überhaupt dritte Interessenten, welche an dem Rechtsstreite in I. Instanz nicht betheiligt waren, nicht in der Berufungsinstanz auftreten mit Ausnahme des Nebenintervenienten im Sinne der §§ 63 oder 66, wie ich oben gezeigt habe. Die Vorschriften des gemeinen Prozeßrechts, wonach jede dritte Person ex justa causa, als welche das Interesse derselben am Ausgange des Rechtsstreits erscheint, zur Appellation berechtigt ist, z. B. Bürgen, Legatare —, und zwar sowohl, wenn die Hauptpartei appellirt hat, als auch selbständig — vgl. Renaud Lehrbuch 2. Aufl. § 174; Wetzell System 3. Aufl. § 54 S. 520 —, sind unserer Prozeßordnung unbekannt; ein solch' weitgehendes Berufungsrecht, das auch jedem gesunden und vernünftigen Prozeßverfahren widerspricht, ist aufgehoben durch das Einführungsgesetz, welches in § 14 bestimmt, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften des früheren Rechts außer Kraft treten, soweit sie nicht mit der neuen Civilprozeßordnung im Einklange stehen; dies heißt, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden. Wie jedoch ein Dritter, z. B. ein Gläubiger, nach § 63 C.P.O. als Nebenintervenient die Intervention mit der Einlegung der Berufung verbinden kann, was nach den oben dargestellten Grundsätzen über das Recht des Nebenintervenienten zur Einlegung der Berufung zu beurtheilen ist, so kann auch dieser Dritte, der Gläubiger ist, jedoch nur in dem Geltungsbereiche des französischen und badischen Rechts in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 1166 des Code civil (bad. Landrechts), wonach jeder Gläubiger berechtigt ist, zur Erhaltung oder Beitreibung seiner Forderungen alle seinem Schuldner zustehenden Rechte und Klagen, mit Ausnahme der dem Schuldner höchst persönlich zustehenden Rechte und Klagen, auszuüben, — in Konsequenz dieses Grundsatzes in Beziehung auf die Rechte, die er an Stelle seines Schuldners für sich geltend machen kann, alle diejenigen Rechtsmittel selbständig und an Stelle des Schuldners ergreifen, von welchen der Schuldner selbst Gebrauch machen kann; daher kann der Gläubiger auch in einem Rechtsstreite, in welchem der Schuldner Partei war, anstatt desselben die Berufung ergreifen, und zwar selbständig und nicht nur als Nebenintervenient, jedoch nur in den Ländern des französischen und badischen Rechts; nur als Nebenintervenient und nicht selbständig in allen andern Län-

dern des deutschen Reichs. Unsere Prozeßordnung hat die Bestimmungen des Art. 1166 des Code civil nicht aufgehoben, sondern dieselben bestehen in voller Geltung. Vgl. auch Martin zu § 63—67 S. 86. Behaghel, d. badische bürgerl. Recht und der Code Napoléon (2. Aufl.) II § 161 S. 37 ff. Zachariä Handbuch d. franz. Civilrechts II § 312 (6. Aufl. besorgt von S. Puchelt). Stabel Institutionen d. franz. Civilrechts § 147 S. 346 ff. Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II S. 328. 329, Bem. zu §§ 472 ff. (Bem. IV).

§ 5.

Die Einlegung der Berufung nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung.

Die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung muß innerhalb einer Nothfrist von einem Monat erfolgen. (§ 477 Abs. 1). Die gemeinrechtlichen und partikularrechtlichen Bestimmungen über interpositio appellationis und über introductio appellationis beim Oberrichter sind der neuen Prozeßordnung fremd, welche das System des gemeinen Rechts nicht adoptirt hat. Auch das System der badischen Prozeßordnung mit der Appellationsanzeige- und Appellationsausführungsfrist sowie der Verfallenerklärung der Appellation, wenn wohl die Appellationsanmeldung in der gesetzlichen Frist geschehen, die Einreichung der Beschwerdeschrift aber nicht im Laufe der 42tägigen Einführungsfrist erfolgt ist, und der Wiederherstellung gegen diese Verfallenerklärung ist unserem Gesetzbuch unbekannt. Es kennt keine Anzeige und Ausführung der Appellation, sondern nur eine Einlegung des Rechtsmittels innerhalb der einmonatlichen Nothfrist, und es gewährt gegen den Ablauf der Nothfristen (gegen den Ablauf richterlicher und gesetzlicher Fristen giebt es überhaupt keine Wiederherstellung — keinen Einspruch —) nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche in den §§ 211 ff. C.P.O. behandelt ist. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist gegen den Ablauf jeder Nothfrist gegeben, jedoch nur, abweichend von dem gemeinen Prozeßrechte, wenn Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle, welche unter den civilrechtlich zu bestimmenden Begriff der vis major fallen, vorliegen. Besonders wichtig ist dann noch für die Berufung die Bestimmung des § 213 C.P.O., wonach einem unabwendbaren Zufalle gleichgestellt und auf Antrag der darum nachsuchenden Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, wenn sie spätestens am dritten Tag vor Ablauf

der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Gerichtsschreiber behufs der Zustellung übergeben hat, die Nothfrist jedoch gleichwohl durch die Versäumung dieser letztern nicht eingehalten, bezw. die Zustellung erst nach Ablauf der Nothfrist erfolgt ist. Hier muß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand innerhalb einer einmonatlichen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden. Abs. 2 § 213. Diese einmonatliche Frist des Abs. 2 § 213 ist eine gesetzliche Frist und keine Nothfrist; sie tritt an die Stelle der in Abs. 2 § 213 nicht zur Anwendung kommenden Nothfrist des § 212. Da sie eine gesetzliche Frist ist, so kann sie nur durch Vereinbarung der Parteien und nicht durch einseitigen Antrag prolongirt werden — § 202. — Daß diese Frist eine gesetzliche und keine Nothfrist ist, folgt aus dem Umstand, daß in Abs. 2 des § 212, wo von der Wiedereinsetzung im Allgemeinen gesprochen wird, die zu diesem Behuf ertheilte Frist als eine durch Vereinbarung der Parteien nicht zu verlängernde Frist, d. h. als eine Nothfrist, bezeichnet wird, was in Abs. 2 § 213 nicht der Fall ist, und eine analoge Anwendung des Abs. 2 § 212 auf den Abs. 2 § 213 hier wohl nicht Platz greifen dürfte. Vgl. auch von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 213 S. 259. 260. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 213 Bem. 5. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 213 S. 224 ff. So jetzt auch Petersen Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu §§ 212 u. 213 S. 353. 354 (früher and. Mein., vgl. 1. Aufl. I. Bem. III. 1 zu §§ 212. 213 Abs. 2. S. 488). Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausgabe 1881) Bem. 6 zu § 213 S. 588. Vgl. auch Prot. S. 65—69. 76. 111. 112. 123—125. 535—666 Sitz. 168 S. 2. u. 3. — Nach § 214 Abs. 3 kann im Falle des § 213 die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termin ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatlichen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist. Vgl. Protokolle S. 124. v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordnung (2. Auflage) Bemerkung 7 zu § 214 S. 261. 262.

Nach dem Dargestellten dürfte es den Rechtsanwälten sehr zu empfehlen sein, in ihren Berufungsschriften stets fürsorglich um Wieder-

einsetzung in den vorigen Stand gegen den etwaigen Ablauf der Nothfrist zu bitten. —

Die einmonatliche Nothfrist, innerhalb welcher in Gemäßheit des Abs. 1 § 477 die Berufung eingelegt werden muß, nimmt ihren Anfang von der Zustellung des Urtheils (Endurtheils, Theilurtheils, bezw. durch die Prozeßordnung als Endurtheil erklärten Zwischenurtheils) an die Gegenpartei, sowohl für diese als auch für die Partei, welche hat zustellen lassen. Die Zustellung hat, um wirksam zu sein, jedoch stets an den zum Empfang der Zustellung Berechtigten von dem zur Bewirkung der Zustellung Berechtigten zu geschehen, d. h. im gegebenen Fall vom Prozeßbevollmächtigten an den Prozeßbevollmächtigten, vom Anwalt an den Gegenanwalt, vgl. §§ 162 C.P.O., insbes. 164. 181. Die in § 162 ausgesprochene Regel, daß Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen (die Zustellung an die Partei ist, im Falle ein Prozeßbevollmächtigter aufgestellt ist, ohne prozessualische Wirkung) erleidet Ausnahmen in §§ 217 Abs. 3 und 223 Abs. 2.

Wenn Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgt, so muß dieselbe durch ein mit Datum und Unterschrift versehenes schriftliches Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist, nachgewiesen werden, weil in § 181 Abs. 2 C.P.O. dies als das Minimum des zulässigen Nachweises behandelt wird, und weil eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt überhaupt nur dann mit Erfolg vorgenommen werden kann, wenn der Anwalt, an welchen diese Zustellung geschehen soll, einwilligt und mitwirkt. Stehen sich keine zur gegenseitigen Zustellung berechtigten Anwälte gegenüber, sondern lediglich die Partei oder Prozeßbevollmächtigte, die keine Anwälte sind, so hat die Zustellung durch Gerichtsvollzieher zu erfolgen mit oder ohne Mitwirkung des Gerichtsschreibers, vgl. §§ 152 ff. C.P.O. Die Anwälte selbst können sich natürlich auch der Gerichtsvollzieher bedienen. Vgl. auch Juristische Wochenschrift (Organ d. deutsch. Anwaltvereins) 1881 Nr. 25 S. 200 über die Nothwendigkeit des schriftlichen Empfangsbekenntnisses des Anwalts, dem zugestellt wird — Entsch. des Reichsgerichts I. C.S. vom 29. September 1881 besprechend.

Nach einem Urtheil des Reichsgerichts III. C.S. vom 10. Mai 1881 ist auch die Zustellung eines Urtheils gültig, wenn keine beglaubigte Abschrift desselben, sondern eine Ausfertigung übergeben

wird, wenn auch § 158 C.P.O. anscheinend dagegen spricht; — in diesem reichsgerichtlichen Urtheil ist auch der Begriff des Anwaltsgehülfen — § 168 Abs. 2 —, an welchen zugestellt werden darf, festgestellt. Vgl. Reichsger.-Urtheil III. C.S. vom 10. Mai 1881 IV. (Samml. herausgeg. von Mitgliedern des Gerichtshofs) S. 427.

Da, wie oben bemerkt, die Nothfrist ihren Anfang von der Zustellung des Urtheils an die Gegenpartei (bezw. deren Prozeßbevollmächtigten) nimmt, sowohl für diese als auch für den zustellenden Theil, so folgt hieraus, daß jede Partei die Zustellung des Urtheils bewirken und auf diese Weise den Lauf der Nothfrist in Fluß bringen kann, sowohl die Partei, welche die Berufung gegen das Erstinstanzurtheil durchführen will, als auch die Partei, welche die Berufung gar nicht ergreifen, jedoch das Urtheil in Rechtskraft erwachsen wissen will, da mit Ablauf der Nothfrist die Rechtskraft des Urtheils eintritt. § 645.

Es versteht sich von selbst, daß, wenn die Zustellung an sich nichtig ist, dies den Anfang der Berufungsfrist für beide Theile hindert. Die Zustellung des Urtheils wird nicht durch die Verkündigung des Urtheils ersetzt; es ist dies eine Ausnahme des § 283, und diese Ausnahme findet bei (allen) Nothfristen statt. Vgl. §§ 477. 514. 540 (§ 292 erscheint auch als eine Ausnahme des § 283). Nur bei dem Einspruch ist es anders, derselbe kann vor Zustellung des Versäumnißurtheils eingelegt werden. — Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. Juni 1881 Bd. 5 (1882) Nr. 100 S. 374 ist auch dann eine Berufung als unzuläßig zu verwerfen, wenn die Zustellung der Berufungsschrift auf Betreiben des Anwalts I. Instanz erfolgte, anstatt durch einen beim Berufungsgericht zugelassenen Anwalt — weil nach § 74 C.P.O. eine solche Zustellung nichtig ist.

Die Berechnung der einmonatlichen Nothfrist richtet sich nach § 200 C.P.O. Die gleiche Frist gilt für die Revision (§ 514), die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 549), für die verschiedenen Anfechtungsklagen (§§ 835. 870. 605—624) und für die Wiedereinsetznng in den vorigen Stand im Falle des § 213. Was die übrigen Fälle der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anlangt (§ 212), ferner den Einspruch (§ 304) und die sofortige Beschwerde, so beträgt die hier in Betracht kommende Frist zwei Wochen. Da die Frist zur Einlegung der Berufung — § 477 Abs. 1 — eine Nothfrist ist, wird sie durch die Gerichtsferien in ihrem Laufe nicht unterbrochen,

nicht gehemmt, sie läuft geeigneten Falls während derselben ab — § 201 Abs. 2 —, eine bedenkliche und gefährliche Bestimmung für die Anwälte —; sie duldet als solche keinerlei Erstreckung — § 202 Abs. 1 —, was nicht hindert, daß sich die Parteien, die Anwälte, durch Hinauszögern der Zustellung, namentlich während der Gerichtsferien, eine längere Frist verschaffen. Sie kann endlich nicht gehemmt werden durch Vereinbarung der Parteien über Ruhenlassen des Verfahrens.

Gegen Versäumung der Nothfrist ist nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Gemäßheit der §§ 211—216 gegeben. Die Anschlußberufung ist auch nach Ablauf der Nothfrist noch zulässig, § 482 Abs. 1.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens in Gemäßheit der §§ 217 ff. (Tod einer Partei, Verlust der Prozeßfähigkeit, Konkurseröffnung u. dgl.) jedoch hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist, also auch der Nothfristen, aufhört, und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt.

Nach § 288 erfolgt die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Parteien; nur die Urtheile auf Trennung, Ungiltigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe werden von Amts wegen zugestellt, § 582. Desgleichen findet im Großherzogthum Baden hinsichtlich der Urtheile auf Vermögensabsonderung der § 582 entsprechende Anwendung; sie werden auch von Amts wegen zugestellt. Vgl. § 37 des bad. Einf.-Ges. zu den Reichsjustizgesetzen vom 3. März 1879 (Gesetzes-Blatt Nr. 10). Bei einer Zustellung, die von Amts wegen erfolgt, ist für jede Partei der Tag maßgebend, an welchem ihr das Urtheil zugestellt wird; bei den im Wege des Parteibetriebs erfolgenden Zustellungen ist hingegen für die beiden Parteien der Tag entscheidend, an welchem das Urtheil zuerst einer Partei durch die andere zugestellt worden ist. Dies fällt besonders in's Gewicht bei Streitgenossen; hier muß die Zustellung des Urtheils an jeden Streitgenossen besonders, bezw. an dessen Anwalt erfolgen, und erst von dem Zeitpunkte an, an welchem die Zustellung dem einzelnen Streitgenossen gemacht worden ist, beginnt bei einem jeden der Lauf der einmonatlichen Frist §§ 155. 162. Dies ist der Fall bei der sog. freiwilligen (eigentlichen und uneigentlichen) Streitgenossenschaft — §§ 56. 57. 58 —, welche man auch formelle Streitgenossenschaft nennen kann. Wenn jedoch die

Streitgenossenschaft eine nothwendige (materielle) ist im Sinne des § 59, so greift die oben § 4 bereits entwickelte Regel Platz, daß der säumige Streitgenosse durch den nicht säumigen vertreten wird. Vgl. v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 477 S. 568. 569, welche treffend und klar hieraus für den § 59 wörtlich folgende Grundsätze ableiten:

„1) Hat einer der Streitgenossen das Urtheil dem Gegner zugestellt, so hat er dies für Alle gethan und die Frist läuft somit von dem Tage dieser Zustellung sowohl gegen die sämmtlichen Streitgenossen als auch gegen deren Gegner."

„2) Stellt nur der Gegner der Streitgenossen zu, so kann die Nothfrist gegen die Streitgenossen und folgeweise auch gegen ihn selbst so lange nicht für versäumt erachtet werden, als noch einer derselben in der Lage ist, die Frist zu wahren, d. h. die säumigen zu vertreten, so daß also hier der Tag des letzten Zustellungsaktes für den Fristenlauf entscheidet. Dies stimmt auch damit überein, daß bei nothwendiger Streitgenossenschaft die Streitgenossen nur eine Partei darstellen, der Zustellungsakt also erst mit der letzten Zustellung perfekt wird. A. M. Gaupp II S. 490, der auch im Falle des § 59 die Frist für jeden der Streitgenossen vom Tag der Zustellung an berechnen will, die sonstigen Fälle aber nicht berücksichtigt."

In Gemäßheit dessen ist der Lauf der Nothfrist für jeden einzelnen Streitgenossen besonders zu berechnen, es sei denn, daß sie einen gemeinschaftlichen Anwalt haben. So verhält es sich auch bei den Nebenintervenienten des § 66, da diese als Streitgenossen gelten, vgl. auch § 59. Nach § 477 Abs. 2 kann die Berufung gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden, hingegen jede Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos. Es gibt keine sogenannte blinde Appellation; vgl. hierüber Urtheil d. Reichsgerichts I. C.S. vom 26. März 1881, Samml. IV S. 414 ff.

Hier sei noch Folgendes bemerkt: Im Gegensatz zur Berufung, bei welcher § 477 die bestimmte Direktive gibt, ist die Einlegung des Einspruchs vor Zustellung des Versäumnißurtheils zulässig; „denn für den Einspruch ist eine dem § 477 Abs. 2 analoge Bestimmung nicht im Gesetzbuch getroffen worden, er erscheint nur dann als präkludirt, wenn er nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingelegt worden ist." So Urtheil des Reichsgerichts III. C.S. vom 25. Januar 1881, Sammlung III S. 408. 409. Vgl. auch Dorner

„Kann der Einspruch vor Zustellung des Versäumnißurtheils u. s. w. wirksam eingelegt werden?" — Abhandlung in d. Annalen d. Großh. badisch. Gerichte Bd. 47 (1881) Nr. 9 Ziff. 34 S. 140 ff. u. Nr. 10 Ziff. 34 Schluß S. 156 ff.

Wird das Urtheil innerhalb der Berufungsfrist gemäß § 292 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt, und das erstinstanzliche Urtheil ist vor dem Ergänzungsurtheil zugestellt worden, so beginnt der Lauf der Berufungsfrist von Neuem mit der Zustellung der ergänzenden Entscheidung auch für das zuerst zugestellte ergänzte Urtheil. So auch nach der badischen Prozeßordnung von 1864 § 1096, vgl. § 478 R.C.P.O. Wird gegen beide Urtheile von derselben Partei die Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen mit einander zu verbinden, § 478. (Diese letztere Vorschrift ist jedoch nur instruktionell gegeben, da sie im einzelnen Falle nicht immer eingehalten werden kann.)

Es kann der Fall eintreten, daß eine Zeitlang gegen das ergänzte Urtheil die Frist der Berufung abgelaufen ist, später aber wieder von neuem beginnt. Es ist in Gemäßheit des § 478 das erste Urtheil in der Zeit, in welcher für dasselbe die Berufungsfrist abgelaufen ist, gleichwohl nicht als rechtskräftig und vollstreckbar zu betrachten. Vgl. hierüber Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 2 zu § 478 S. 546. Derselbe führt folgendes Beispiel an und gebe ich die Stelle wörtlich:

> „Z. B.: Das erstere Urtheil ist am 1. April zugestellt, am 30. April wird das Ergänzungsurtheil erlassen und am 20. Mai zugestellt. In der Zeit vom 2. Mai bis 19. Mai kann gegen das erste Urtheil nicht Berufung ergriffen werden, wohl aber wieder vom 20. Mai bis 20. Juni. Ist in dieser Zwischenzeit das erste Urtheil als rechtskräftig und daher vollstreckbar (§ 645) zu betrachten? Im Sinne des § 478 liegt es, diese Frage zu verneinen."

Selbstverständlich ist es, daß der § 478 sich nicht auf die Fälle bezieht, in welchen die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das erste Urtheil umlaufen ist, bevor das zweite Urtheil ergangen ist, da ja der § 478 voraussetzt, daß das Ergänzungsurtheil innerhalb der Berufungsfrist des ersten Urtheils erlassen sein muß. In diesen Fällen tritt die Rechtskraft mit Ablauf der Berufungsfrist ein. Die Motive heben noch zu § 457 (jetzt § 472)

S. 303 hervor, daß der Lauf der Berufungsfrist durch Anträge auf Erläuterung und Berichtigung des Urtheils, bezw. des Thatbestandes nicht berührt wird; solche Anträge erstrecken den Lauf der Berufungsfrist nicht — Mot. S. 302, 303, und bemerken hierzu treffend v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordnung (2. Auflage) Bemerkung 3 zu § 477 S. 569 unter Bezugnahme auf ihre Vorträge S. 113, „sie dürften aber wohl vor ihrer Erledigung eine Vertagung der Behandlung über die Berufung rechtfertigen (analog dem § 486)."

Hier bezüglich der Zustellung des Urtheils noch eine Bemerkung: Wie oben ausgeführt — S. 55 —, ist die Zustellung des Urtheils auch dann eine gültige, wenn keine beglaubigte Abschrift, sondern eine Urtheilsausfertigung übergeben wird. Es frägt sich nun, wenn eine Urtheilsfertigung zugestellt wird, ob die Zustellung, wenn auch an sich gültig, doch deshalb als nichtig erachtet werden muß, weil dieselbe die Unterzeichnung des Urtheils durch die mitwirkenden Richter nicht erwähnt? — Diese Frage dürfte dahin zu beantworten sein: Wenn die Thatsache, daß die Unterzeichnung des Urtheils vor der Ausfertigung erfolgt war, nicht mit Grund bezweifelt werden kann und die Urtheilsausfertigung dem über den Inhalt des Urtheils maßgebenden § 284 und dem über die Beglaubigung maßgebenden § 288 Abs. 3 C.P.O. entspricht, so kann die Zustellung aus dem erwähnten Mangel nicht als nichtig erachtet werden. Vgl. hierüber: Urtheil des großh. bad. Oberlandesgerichts Karlsruhe III C.S. v. 31. Jan. 1881, mitgeth. in d. Annalen d. großherz. bad. Ger. Bd. 47 (1881) Nr. 10 S. 148 ff.

Was die Formalien der Einlegung der Berufung anlangt, so geht das Gesetz von der Intention aus, daß die Formen der Berufung und der weiteren Verhandlung über dieselbe nur denjenigen der Klage und der Verhandlung vor dem Erstinstanzgericht entsprechen können. Vgl. Mot. zu den §§ 458, 460, 463, 464 (jetzt §§ 479, 480, 484, 485) S. 303. Die Berufung, deren Einlegung stets durch einen Rechtsanwalt erfolgen muß — § 74 —, wird nicht bei dem Gericht I. Instanz angemeldet, sondern in Analogie mit Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner (Prozeßbevollmächtigten) eingelegt — § 479 Abs. 1 —, nachdem der Vorsitzende des Berufungsgerichts den Termin zur Verhandlung angesetzt hat, weshalb die Einlegungsschrift nach § 193 auf der Ge-

richtsschreiberei in Abschrift und Urschrift niederzulegen ist. Vgl. §§ 193, 124, 233.

Bezüglich der Ansetzung des Verhandlungstermins durch den Vorsitzenden ist maßgebend Abs. 2 des § 193 in Verbindung mit §§ 233, 234. Da zwischen der Zustellung der Klageschrift, hier Berufungsschrift, an den Gegner und dem Termin zur mündlichen Verhandlung ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen muß (Einlassungsfrist), abgesehen von Meß- und Markt- sowie Wechselsachen — § 234 —, so hat der Vorsitzende, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, bei Bestimmung des Termins diesen gesetzlichen Vorschriften durch nicht allzu nahe Terminsansetzung Rechnung zu tragen. §§ 481, 234 (§ 204).

Gegen die Versagung der Terminsbestimmung (Ladung) steht dem Berufungskläger die Beschwerde zu, § 530. Die Zustellung an den Gegner muß innerhalb der Nothfrist vollendet sein. Ist dies nicht der Fall, sondern wurde die Zustellung der Berufungsschrift erst nach Ablauf der von der Zustellung des Urtheils an beginnenden einmonatlichen Nothfrist bewirkt, so ist die Einlegung wirkungslos, und hat das Berufungsgericht auf gepflogene Verhandlung nach § 497 die Berufung als unzulässig zu verwerfen, und zwar von Amts wegen. Bei Beantwortung der Frage, an wen hat die Zustellung der Berufungsschrift zu erfolgen, ist § 164 maßgebend. Auch hierüber, ob die Zustellung an die richtige Person erfolgt ist, hat das Berufungsgericht in Gemäßheit des § 497 von Amts wegen zu entscheiden und gegebenen Falls die Berufung auf gepflogene Verhandlung als unzulässig zu verwerfen.

Daß die Ladung zum Berufungstermin gültig von Anwalt zu Anwalt an den erstinstanzlichen Anwalt des Berufungsbeklagten zugestellt werden kann, dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, da sich § 181 Abs. 1 C.P.O., der die Zustellung von Anwalt zu Anwalt normirt, nicht nur auf das Verhältniß in derselben Instanz bezieht, sondern auch für die weitere Instanz maßgebend ist. Vgl. hier: Urtheil d. Großh. bad. Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 6. Mai 1881, mitgetheilt in Annalen d. Großh. bad. Gerichte Bd. 47 (1881) Nr. 22 IV. S. 341. 342.

Bezüglich der Streitgenossenschaft verweise ich besonders auf von Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 479 und auf meine im § 4 d. Schr. hinsichtlich der Streitgenossenschaft gemachten Ausführungen. Wenn auf berufungsbeklagtischer

Seite eine Streitgenossenschaft besteht, und zwar eine materielle, bezw. nothwendige, so ist zur Einlegung des Rechtsmittels erforderlich, daß innerhalb der Nothfrist die Berufungsschrift an sämmtliche Streitgenossen zugestellt wird, — wenn sie einen gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten haben, so ist an diesen zuzustellen, und ist hier wohl nur eine Zustellung nöthig, jedoch muß dann in der Einlegungs- (Berufungs-)schrift bemerkt sein, daß die Berufung gegen sämmtliche Streitgenossen gerichtet ist, bezw. muß dies aus derselben hervorgehen — § 162 in Verb. mit § 155 Abs. 1 —. Besteht hingegen auf berufungsbeklagtischer Seite eine blos formelle, bezw. freiwillige Streitgenossenschaft, so ist die Berufung gegen denjenigen Streitgenossen in der gesetzlichen Frist eingelegt, welchem die Berufungsschrift rechtzeitig zugestellt worden ist. Ist die Streitgenossenschaft auf berufungsklägerischer Seite vorhanden, so vertritt bei der nothwendigen Streitgenossenschaft ein Streitgenosse alle andern, legt er rechtzeitig die Berufung ein, so hat er sie für alle eingelegt; bei der freiwilligen Streitgenossenschaft hingegen handelt jeder nur für sich selbst. Vgl. §§ 58, 59, 60, 434. Nach § 60 muß jedoch, in dem einen wie in dem anderen Falle, der Streitgenosse, der die Berufung einlegt, außer dem Gegner auch alle seine Streitgenossen laden. Unterläßt er das letztere, so muß man wohl, da der § 60 eine imperative Vorschrift enthält, mit Hellmann Civilproz.ordn. (neue Aufl. 1881) Bem. zu § 479, 1b. S. 397 annehmen, daß die Berufung als unzulässig nach § 497 zu verwerfen ist.

Was die Einlegung der Berufung durch den Nebenintervenienten anlangt, so verweise ich auf meine Ausführungen in § 4 S. 50. Der Schriftsatz — die Berufungsschrift —, welche einen nicht blos vorbereitenden, sondern vielmehr bestimmenden Charakter hat und wie die Klage die schriftliche Grundlage des Streits bildet, muß, außer dem allgemeinen Inhalt der Schriftsätze — § 480 — enthalten: 1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird — § 479 Nr. 1; 2) die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil die Berufung eingelegt werde — § 479 Nr. 2 —; 3) die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung, § 479 Nr. 3; 4) endlich die Aufforderung an den Gegner, einen bei dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen, wenn die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt geschieht.

(§ 164.) § 192. Die Unterschrift des die Berufungsschrift einreichenden Anwalts ist gleichfalls erforderlich, wenn auch nicht absolut wesentlich; vgl. hierüber v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 7 zu § 230 S. 289 u. Bem. 4 zu § 479 S. 571 — vgl. § 121 — und meine Ausführungen unten. Da eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, hat das Gericht den Mangel der Vollmacht nicht von Amtswegen zu prüfen, d. h. der Instanzvollmacht, wenn in I. Instanz ein Landgericht entschieden hat. Hat in I. Instanz ein Amtsgericht entschieden, so ist stets die erstinstanzliche Vollmacht von Amtswegen zu prüfen, die Instanzvollmacht des zweitinstanzlichen Anwalts jedoch nicht. Vgl. hierüber meine Ausführungen in § 4 S. 39. — Der Gegner hingegen kann den Mangel der Vollmacht, wobei jedoch wieder obige Unterscheidung in's Auge zu fassen ist, in jeder Lage des Rechtsstreits, also auch in der Berufungsinstanz rügen, d. h. Vorlage förmlicher Vollmacht verlangen (also auch förmlicher Instanzvollmacht). Dann ist für die Beibringung der Vollmacht eine Frist zu bestimmen, vor deren Ablauf kein Endurtheil ergehen darf. Wird innerhalb dieser Frist die Vollmacht nicht erbracht, so kann kontumazirt werden. Vgl. Seuffert Civilproz.ordn. zu § 84 S. 88, Bem. 2 zu § 85 S. 90. Puchelt Civilproz.ordn. I Bem. zu § 84 S. 309. Remelé Handbuch d. d. Civilprozeßrechts § 18 S. 72 ff. Fitting Reichscivilproz. (5. Aufl.) § 28 S. 78 ff. — Bezüglich der Zustellung ist § 164 maßgebend, wovon oben die Rede war.

Die sub 1—4 (§ 479 Nr. 1, 2, 3 u. § 192) aufgeführten Requisite bilden den nothwendigen Inhalt der Berufungsschrift (deshalb auch im Gesetze die imperativische Bezeichnung „muß"), und hat das Berufungsgericht in Gemäßheit der Bestimmung des § 497 von Amtswegen auf das Vorhandensein derselben zu sehen, und zwar hat diese Prüfung nach der mündlichen Verhandlung einzutreten, d. h. es ist jedenfalls mündliche Verhandlung zu pflegen und tritt keine Abweisung der Berufung „a limine“ ein. Bei der Bezeichnung des Urtheils genügt die einfache Bezeichnung desselben, da ja das Urtheil selbst zugestellt worden sein muß, also dem Gegner bekannt ist. Es ist insbesondere nicht nothwendig, die vorausgegangenen Entscheidungen, die mit angefochten werden — § 473 — ausdrücklich zu bezeichnen, da dieselben der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen, auch ohne daß ihretwegen ausdrücklich die Berufung er-

griffen worden ist. Siehe meine Ausführungen hierüber in § 3 S. 35 dieser Schrift.

Zur Einlegung der Berufung ist der Gebrauch solenner Worte nicht nothwendig; hinreichend ist, daß die Absicht des Berufungsklägers, das Rechtsmittel der Berufung einzulegen, sich aus dem Schriftsatze klar ergibt, wobei es sich von selbst versteht, daß eine richtige und klare Bezeichnung der Parteien erfordert wird. Fehlt in der Berufungsschrift einer der sub 1—4 oben aufgeführten nothwendigen Bestandtheile, so liegt keine Berufung vor; es wird daher durch eine solche mangelhafte Berufung die Nothfrist nicht gewahrt. Vgl. auch Entsch. des Reichsgerichts II S. 111.

Ist die Einlegung des Rechtsmittels erfolgt, fehlt namentlich in der Berufungsschrift keines der oben aufgezählten vier wesentlichen Requisite, so wird hierdurch der Eintritt der Rechtskraft gehemmt, der im Falle erfolgt, sobald die Nothfrist abgelaufen ist, § 645. Schon oben habe ich hervorgehoben, daß die Unterschrift des die Berufungsschrift einreichenden Anwalts gleichfalls erforderlich sei, womit ich jedoch nicht behaupten will, daß dieses Requisit der Art wesentlich ist, daß bei seinem Fehlen keine Berufung vorliegt. Eine solch' exorbitante Vorschrift will das Gesetz nicht geben. Wenn auch in den Mot. S. 182 zu § 230 in Bezug auf die Klageschrift wörtlich gesagt ist: „Die Nothwendigkeit der Unterschrift durch den Anwalt des Klägers ergibt sich aus dem Begriffe des Anwaltsprozesses von selbst. Die Vorschrift des § 72 Abs. 1 (jetzt § 74 Abs. 1) ist so generell gehalten, daß sie die Vertretung der Parteien durch einen Anwalt nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern u. s. w. Trotz der nur instruktionellen Bestimmung des § 117 Nr. 5 (jetzt § 121 Nr. 6) erschien die essentielle Bedeutung der Unterschrift des Anwalts als so selbstverständlich, daß der Entwurf glaubte, von einer desfallsigen Vorschrift absehen zu können" —, so sind die Motive doch kein Gesetz, und glaube ich, daß man hier Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. 3 zu § 230 S. 9 beistimmen kann, welcher die Ausführungen in den Motiven insofern als zu weitgehend hält, als dieselben unter allen Umständen die Unterschrift des Anwalts verlangen, und annimmt, daß, wenn zwar die Unterschrift fehlt, es aber in anderer Weise feststeht, daß die Klageschrift — hier die Berufungsschrift — von dem in derselben angegebenen Anwalt herrührt, den Anforderungen des § 74 genügt ist. So auch Hellmann Civil-

prozeßordn. II (Neue Ausg. 1881) Bem. zu § 230 S. 10, der sagt, es genüge vollkommen, wenn nur der Anwalt auch für den Inhalt der Schrift eintritt. A. M. v. Wilmowski und Levy a. a. O. S. 290. — Wenn auch die Folgen einer solch' mangelhaft beschaffenen, formell (weil eines der vier wesentlichen Requisite fehlt) unzulässigen Berufung vom Berufungsgericht immer erst nach gepflogener mündlicher Verhandlung ausgesprochen werden — vgl. §§ 477. 306. 537. 542 Abs. 1, Mot. zu § 476 (jetzt § 497) S. 308 —, und daher keine Zurückweisung a limine erfolgen kann, so kann doch der Vorsitzende unter Umständen, wenn die Berufungsschrift sich gar nicht als eine solche, sondern als eine Schrift, der die wesentlichsten Bestandtheile der Berufungsschrift überhaupt fehlen, herausstellt, die Terminsbestimmung verweigern — z. B. wenn die Ladung des Gegners nicht in der Schrift enthalten ist oder von einem nicht zur Ladung berechtigten Anwalt ausgeht oder von der Partei (und nicht von einem beim Berufungsgericht zugelassenen Anwalt) unterzeichnet ist oder gar nicht unterzeichnet ist oder die Angaben der Parteirollen ganz fehlen, so daß man nicht ersehen kann, um was es sich handelt u. dgl. Gegen die Verweigerung der Terminsbestimmung findet das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 530 statt. Die Meinung von Siebenhaar Civilprozeßordn. Bem. zu § 479 S. 486, daß, wenn ein unzuständiges Berufungsgericht angegangen worden ist, gleichwohl durch Zustellung der Berufungsschrift die Nothfrist gewahrt sei, ist jedenfalls nicht richtig, weil in diesem Falle das Berufungsgericht seine Unzuständigkeit durch Urtheil aussprechen und die eingelegte Berufung als unzulässig nach § 497 zu verwerfen hat. Vgl. v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 492 S. 572 und Bem. 1 zu § 497 S. 585. Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 497 S. 546 (eine solche Berufung erscheint „als nicht in der gesetzlichen Form" eingelegt).

Die Berufungsschrift hat aber nicht nur die Natur eines nothwendigen — § 479 —, sondern auch eines vorbereitenden Schriftsatzes (d. h. sie kann ihn haben). Nach § 480 ist der weitere materielle Inhalt der Berufungs(einlegungs)schrift vorbereitender Natur und es „soll" (nicht „muß") der Schriftsatz daher gegebenen Falls weiter enthalten: 1) die Erklärung, in wie weit das erste Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden; 2) die Berufungsanträge, welche jedoch in der

mündlichen Verhandlung abgeändert werden können; 3) die Angaben derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel sowie neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel (nova et noviter reperta), welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt und welche nach § 491 unbeschränkt zugelassen werden; vgl. § 480 Abs. 1 u. 2 — ja es können sogar unter Umständen neue Ansprüche geltend gemacht werden. § 491 Abs. 2. Eigentliche Klageänderungen sind natürlich nicht zulässig, sowenig wie neue Widerklagen, §§ 240. 489, auch können keine neuen Ansprüche im Sinne des § 491 Abs. 2 geltend gemacht werden, wenn sie auf Grund der Bestimmungen dieses Paragraphen unzulässig sind. Nach § 480 Abs. 1 u. 2 erscheint die Aufnahme dieser Berufungsanträge, nova u. dgl. in die Berufungsschrift nicht nothwendig (Andeutung durch „soll"), die Vorschrift ist nur instruktionell, und kann daher Alles, was § 480 im Auge hat, in der mündlichen Verhandlungstagfahrt vorgetragen und nachgeholt werden, und zwar in erweiterter Form, ohne Rücksicht darauf, wie es in dem Schriftsatze vorgetragen ist. Für die Berufungsschrift, soweit deren Natur als vorbereitender Schriftsatz in Betracht kommt, und die daher auch vielfach Berufungsrechtfertigungsschrift genannt wird, gelten die Bestimmungen des Gesetzbuchs über die vorbereitenden Schriftsätze überhaupt. Vgl. §§ 120—126. Durch die Nichtbeobachtung dieser Bestimmungen entstehen keine Rechtsnachtheile in der Sache selbst, wohl aber können den Berufungskläger Kosten treffen, wenn er durch seine nicht rechtzeitigen Anträge Terminsverlegungen veranlaßt, § 90. — § 481 bestimmt, daß in Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termin zur mündlichen Verhandlung liegen muß, die Vorschriften des § 234 entsprechend anzuwenden sind. (Frist von mindestens einem Monat, bezw. mindestens vierundzwanzig Stunden). Ist nun die Einlassungsfrist im gegebenen Falle im Sinne der §§ 234, 481 nicht gewahrt, so kann gegen den nicht erschienenen Berufungsbeklagten kein Versäumnißurtheil ergehen, §§ 300 Ziff. 2 u. 3; 504 Abs. 1; 245; 252.

Bei der kontradiktorischen Verhandlung findet jedoch § 497 nicht Anwendung, und ist aus dem Grunde allein, weil die Einlassungsfrist den §§ 481 und 234 nicht entsprechend gewahrt ist, die Berufung nicht zu verwerfen, denn die gesetzliche Frist, von welcher § 497 spricht, ist die Einlegungsfrist und nicht die Einlassungsfrist des § 481. A. M. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 497 S. 426.

In Bezug auf § 481 ist auch noch eine Controverse zu erörtern: Im Wechselprozesse beträgt die Einlassungsfrist nach § 567 Abs. 2 mindestens 24 Stunden, bezw. mindestens drei Tage, bezw. mindestens eine Woche. Es frägt sich nun, ob diese kurze Einlassungsfrist des Wechselprozesses auch im Berufungsverfahren gilt. Die Kommentatoren sind verschiedener Ansicht. Folgende sprechen sich bejahend aus: Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 1 zu § 481 S. 446 („weil die Bestimmungen des 5. Buchs der Prozeßordnung — Urkunden- und Wechselprozeß — überhaupt nicht auf die I. Instanz beschränkt sind"); Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 481 S. 549 (gibt keine besonderen Gründe an); Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. 3 zu § 481 S. 336 (aus demselben Grunde wie Struckmann und Koch a. a. O.).

Verneinend sprechen sich aus: v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 567 S. 435 (weil § 234 in der Berufungs- und Revisionsinstanz entsprechend angewendet werden soll, ohne daß für den Wechselprozeß eine Ausnahme gemacht wäre, und weil das Bedürfniß der Beschleunigung, welches zur gesetzlichen Abkürzung der Einlassungsfrist auf die Klage geführt habe, auch in den höheren Instanzen nicht vorhanden sei, da ja das verurtheilende Erkenntniß I. Instanz vorläufig vollstreckbar erklärt werde — § 648 Nr. 4, und weil die Mot. S. 354, wenn sie auch sagen, daß in den höheren Instanzen sich selbstredend die Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses fortsetzen, wie sie für die I. Instanz gelten, dies nur von den Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses, nicht aber von den besonderen Vorschriften des wieder vom Urkundenprozesse abweichenden Wechselprozesses verstünden). Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 481 S. 526, 527 (weil § 567 weder im § 481 noch § 234 allegirt sei, müsse man folgern, daß auch in Wechselsachen die Einlassungsfrist mindestens einen Monat betrage). Sarvey Civilproz.ordn. I Bem. zu § 481 S. 663 (aus demselben Grunde wie Kleiner a. a. O.). Hellmann Civilproz.ordn. Neue Aufl. (1881) Bem. zu § 481 S. 397, 398 (gibt keine besonderen Gründe). Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I zu § 481 S. 497 (weil § 567 nur von der Einlassungsfrist auf die Klage rede und die Bestimmungen desselben auf die Berufungsinstanz nicht paßten, wo das Urtheil nach § 648 Nr. 4 regelmäßig bereits vollstreckt sei, wie denn auch in der Nordd. Kommission die Ausdehnung der kürzeren Einlassungsfristen des

Wechselprozesses auf die Berufungsinstanz mit Rücksicht auf die verschiedene Sachlage in derselben abgelehnt worden sei, N.d. Pr. S. 1555) u. a. a. O. II Bem. II zu § 567 S. 663 (wo Gaupp ausführt, daß sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, das nur von der Zustellung der Klage spreche (§ 234) und aus den Mot. S. 356 („Ebenso macht die gesetzliche Abkürzung der Einlassungsfrist das Angehen des Gerichts um Bewilligung derselben überflüssig; die Erklärung in der Klage, daß im Wechselprozesse geklagt werde, ersetzt den in anderen Fällen mitzutheilenden Beschluß des Gerichts, durch welchen die Abkürzung bewilligt wird"), welche sich auf den Abs. 1 § 567 bezögen, ergebe, daß die Vorschrift des Abs. 2 § 567 sich nicht auf die Einlassungsfrist in der Berufungsinstanz anwenden lasse, da es in der Berufungsinstanz einer Erklärung, daß im Wechselprozesse geklagt werde, nicht mehr bedürfe). Endlich v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. 2. Aufl. Bem. 1 Abs. 2 u. 3 zu § 481 S. 572 u. 573 (welche übereinstimmend mit Gaupp a. a. O. II S. 497 sich verneinend aussprechen mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 481, welcher aus dem Nordd. Entw. stammt und identisch ist mit § 779 Nordd. Entw., der auf § 404 Nordd. Entw. sich bezieht, der dem § 234 entspricht. § 567 Abs. 2 entspricht dem § 690 Nordd. Entw. Für den Nordd. Entw. habe sich aus dem Allegat in § 779 unzweifelhaft ergeben, daß nur § 404 (Nordd. Entw.) und nicht § 690 Nordd. Entw. zur Anwendung zu bringen sei, weil letzterer dem § 779 voraufgehe; dies bestätigen auch die Nordd. Protok. S. 1535, wo der Antrag, die kürzere Einlassungsfrist für die Berufungsinstanz nicht zu adoptiren, ausdrücklich angenommen worden sei; dies sei auch jetzt maßgebend, wenn auch entgegen der früheren Ordnung im Gesetzbuch der Titel vom Urkundenprozeß hinter das Buch von den Rechtsmitteln gesetzt worden sei.)

Was mich anbelangt, so huldige ich der unsere Frage bejahenden Ansicht. Ich halte dafür, daß die kurze Einlassungsfrist des Wechselprozesses Abs. 2 des § 567 auch im Berufungsverfahren gilt. § 481 verweist auf § 234, dessen Vorschriften in appellatorio entsprechend anzuwenden sind. § 567 Abs. 2 ergänzt jedenfalls den § 234 und ist die Bestimmung des § 567 Abs. 2 zu § 234 hinzuzudenken, da § 234 die Einlassungsfrist im neuen Civilprozeß ex professo behandelt. Dann ist nirgends ausgesprochen, daß die Bestimmungen

des 5. Buchs unserer Prozeßordnung (Urkunden- und Wechselprozeß) auf die erste Instanz zu beschränken seien, zumal sie erst hinter der Lehre von den Rechtsmitteln in unserer Prozeßordnung abgehandelt werden, was gerade gegen diese Beschränkung spricht.

Wenn es auch richtig ist, daß nach § 648 Nr. 4 das verurtheilende Erkenntniß I. Instanz vorläufig vollstreckbar erklärt wird, so ist damit doch nicht das Bedürfniß der Beschleunigung der Wechselsachen in den höheren Instanzen beseitigt, zumal ja auch nach §§ 650 u. ff. im gegebenen Fall diese vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung nicht statthat. Dann sprechen die Mot. zu §§ 537—539 (jetzt §§ 561—563) S. 354 für meine Ansicht, indem sie wörtlich besagen: „In der höheren Instanz setzen sich selbstredend die Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses, wie sie für die erste Instanz gelten, fort" und halte ich die Annahme von Bülow's a. a. O. S. 435, daß die Motive dies nur von den Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses in specie, nicht aber von den besonderen Vorschriften des wieder vom Urkundenprozesse abweichenden Wechselprozesses verstünden, für willkürlich und jeder Begründung entbehrend, da eben der Wechselprozeß nichts anderes als der Urkundenprozeß ist, wenn auch mit einigen Besonderheiten. Geistvoll und scharf sind die Ausführungen von Gaupp und v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Ich glaube jedoch, daß man bei Erläuterung der einzelnen Paragraphen unseres Gesetzbuchs sich nicht zu sehr in die erste Vorgeschichte dieser Paragraphen verlieren darf, zumal die bereits im Entwurf vom Jahr 1871 eingetretene Verschiebung der einzelnen Titel des Gesetzbuchs, wonach der Titel vom Urkundenprozeß hinter das Buch von den Rechtsmitteln gesetzt ist, mir dafür zu sprechen scheint, daß, da § 481 Bezug auf § 234 nimmt und nicht ausdrücklich auf § 567 Abs. 2, da jedoch § 567 Abs. 2 zu § 234, der von den Einlassungsfristen als solchen handelt, in engem Zusammenhang steht und als eine Ergänzung des § 234 zu betrachten ist, § 234 mit § 567 Abs. 2 auf § 481 anzuwenden ist, zumal § 481 durch § 567 Abs. 2 keine ausdrückliche Abänderung (für die Berufungsinstanz) erhält, obwohl er durch die Titelverschiebung ihm nachgesetzt ist, was von dem Gesetzgeber doch nicht blos aus Gründen der „Oekonomie" geschehen sein möchte. Daß sich die Sache nach dem Nordd. Entw. anders verhalten hat, und daß man nach diesem zur Verneinung unserer Frage kommen kann, ist richtig, allein bei der neuesten Redaktion des Gesetzes hätte

man, um den in den nordd. Prot. S. 1535 angenommenen Antrag, die kürzere Einlassungsfrist für die Berufungsinstanz nicht zu adoptiren, als für unser Gesetz maßgebend zu erklären, den § 567 Abs. 2 oder § 481 oder § 234 durch einen entsprechenden ergänzenden Zusatz erweitern oder beschränken müssen, was nicht geschehen ist. Dies dürfte ein weiterer Grund dafür sein, daß man sich bejahend zu unserer Frage zu verhalten hat, weil ja der Gesetzgeber bei der neuesten Redaktion des Gesetzes, obwohl er unsere Frage — nach den Nordd. Prot. a. a. O. — früher verneinen zu müssen glaubte, dieser Verneinung keinen Ausdruck verliehen hat, ihr also auch keine Gesetzeskraft ertheilt hat, was dafür spricht, daß er die Frage bejaht wissen wollte. Ausnahmen, die das Gesetz nicht macht, dürfen seine Interpreten, wenn nicht die absolute Nothwendigkeit hierfür spricht, noch weniger machen.

Da § 481 auf § 234 Bezug nimmt, welcher allgemein von den Einlassungsfristen handelt, so greifen im Berufungsverfahren auch die Bestimmungen über die Verlängerung und Abkürzung der Einlassungsfristen in Gemäßheit der §§ 202—204 Platz.

Vgl. auch noch über unsere in diesem Paragraphen gemachten Ausführungen: a) zu § 477: Entw. § 457. Nordd. Entw. §§ 774. 775. Prot. S. 233. 234. 243. 331—334. 558. 725—730; b) zu § 478: Entw. § 457.a. Prot. S. 234—236. 558; c) zu § 479: Entw. § 458. Nordd. Entw. § 776. Prot. S. 236. 558; d) zu § 480: Entw. § 459. Nordd. Entw. § 777. Prot. S. 236. 558; e) zu § 481: Entw. §§ 460. 477. Prot. S. 236. 558. Ferner: Mot. zu den §§ 457. 458. 460. 464 (jetzt §§ 479. 484. 485. 486) S. 300. 302. 303 ff.

§ 6.

I) Der Verzicht auf die Berufung und II) die Zurücknahme der Berufung — nach der Reichscivilprozeßordnung.

I.

Der Verzicht auf die Berufung.

Was den Verzicht auf die Berufung anbelangt, so ist hier zu unterscheiden zwischen dem Aufgeben des Rechtsmittels der Berufung vor Erlassung, d. i. Verkündigung des Urtheils und nach der Erlassung desselben.

Das Aufgeben des Berufungsrechts vor der Erlassung des Ur-

theils ist möglich durch einen darauf abzielenden Verzicht, der einem Kompromisse vergleichbar ist. Ob auch ein einfacher Verzicht genügt, dies richtet sich nach dem Cvilrecht. Nach gemeinem Civilrecht kann das Berufungsrecht vor Erlassung des Urtheils nicht durch einfachen Verzicht, sondern nur durch Vertrag aufgegeben werden, da nach gemeinem Recht bei zweiseitigen Rechtsgeschäften der Verzicht acceptirt sein muß, wodurch er zum Vertrage wird, und konkludente Handlungen zur Rechtsgültigkeit eines Verzichtes nicht genügen. So ist wenigstens die herrschende Meinung. Vgl. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts (4. Aufl.) I § 69 Anm. 14. v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten (7. Aufl.) I § 127 S. 184.

Dies gilt auch für das französische Recht.

Das Aufgeben des Berufungsrecht hingegen nach Erlassung des Urtheils ist zulässig nicht nur durch Vertrag (acceptirten Verzicht), sondern auch durch einfachen Verzicht.

Die Prozeßordnung handelt in § 475 lediglich von dem Aufgeben des Berufungsrechts nach erlassenem Urtheil durch Verzicht, d. h. durch Verzicht auf das noch nicht eingelegte Rechtsmittel vor Ablauf der Nothfrist — arg. § 476 —, indem sie es als selbstverständlich voraussetzt, daß auch ein Aufgeben durch Vertrag möglich ist, was jedoch in's Civilrecht gehört. Dieser Verzicht des § 475 ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung annimmt, und lautet § 475 wörtlich:

> „Die Wirksamkeit eines nach Erlassung (d. h. Verkündung) des Urtheils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat."

Der Verzicht muß erklärt sein (§ 475). Die Mot. zu § 455 (jetzt § 475) S. 299. 300 sagen unter Bezug hierauf, daß diese Erklärung dem Gericht oder dem Prozeßgegner gegenüber ausgesprochen werde — was § 475 nicht ausdrücklich sagt, der lediglich von dem „erklärten" Verzicht ohne weiteren Zusatz spricht. Ein Verzicht kann jedoch auch auf bindende Weise einem Dritten gegenüber außergerichtlich abgegeben werden und muß daher in einem solchen Falle auch bindend sein. In erster Reihe ist das Gesetz maßgebend, und haben die Motive nur einen erläuternden, nicht zwingenden Charakter; dem Wortlaut des § 475 widerspricht es daher nicht, die bindende Natur einer außergerichtlichen, einem Dritten gegenüber

ausdrücklich erfolgten Verzichtleistung anzunehmen. Vgl. auch Art. 1121 Code civil.

Diese Ansicht theilen Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 1. B zu § 475 S. 544, der an Erklärungen gegenüber dem Gerichtsvollzieher erinnert, welcher auf Betreiben des Gegners zustellt; Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. 1 zu § 475 S. 442 (die dasselbe Beispiel anführen); Petersen Civilprozeßordn. II Bem. 1 zu § 475 S. 330; Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Aufl. 1881) Bem. 1. a zu § 475 S. 391 (der dasselbe Beispiel, wie Seuffert u. Struckmann, anführt, jedoch sonst sich mehr einer vermittelnden Ansicht zuneigt.)

Für die unserer Ansicht entgegenstehende: von Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 475 S. 567 und die meisten anderen Kommentare. So insbes. auch Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. III zu § 475 S. 486. Vgl. Mot. zu § 455 (jetzt § 475) S. 300. — Der Verzicht, den § 475 im Auge hat, kann nicht durch konkludente Handlungen erfolgen. Dies ergiebt sich aus dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes in Verbindung mit Mot. S. 300. Zur näheren Erörterung diene Folgendes:

Der Entwurf unserer Prozeßordnung hatte noch einen Absatz 2 zu § 455 (jetzt § 475), wörtlich dahin lautend: „Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen.“ — Die Reichstagskommission hat aber diesen Absatz 2 gestrichen und dem § 475 seine jetzige Fassung gegeben mit der Begründung, die Bestimmung des Abs. 2 § 475 sei nicht praktisch, da es denkbar sei, daß über die Frage, ob die Berufung durch konkludente Handlungen zurückgenommen worden sei, ein neuer Streit entstände. Vgl. Prot. S. 232. 233. 558. Hieraus ergiebt sich der Schluß, daß der projektirte Absatz 2 aus rechtlichen und sachlichen Bedenken gestrichen worden ist, und daß die Prozeßordnung unter Verzicht im Sinne des § 475 nur einen ausdrücklichen, erklärten Verzicht versteht.

Diese Ansicht theilen auch die meisten Schriftsteller. Vgl. Seuffert Civilproz.ordn. a. a. O. S. 544. Uebel Civilproz.ordn. II Anm. 4 zu § 475 u. 476 S. 5. Remelé Handbuch § 69 S. 268. Endemann Civilproz.ordn. II Anm. zu § 475 S. 402. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 2 zu § 475 S. 442, die mit Recht bemerken: „Es sind also namentlich die Bestimmungen

des französischen Rechts über das acquiescement als beseitigt anzusehen.“ v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 475 S. 369. v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 475 S. 567. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Aufl. 1881) II Bem. zu § 475 S. 392. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. IV zu § 475 S. 487. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 475 S. 517. Auch das Reichsgericht scheint diese Auffassung zu theilen, indem es in einer Entscheidung vom 8. Oktober 1881 Bd. 5 (1882) Nr. 105 S. 384 sich dahin ausgesprochen hat, daß die Zahlung der Prozeßkosten keinen Verzicht auf das Rechtsmittel enthält.

Anderer Meinung: Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. *** zu § 475 S. 482. 483 (welcher sich auf das römische Recht beruft, das aber hier im Hinblick auf den Wortlaut und die Entwickelungsgeschichte des Paragraphen nicht paßt) und Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu § 475 S. 317.

Die Verzichtserklärung nach § 475 hat, wenn gleichwohl die Berufung eingelegt wird, die Verwerfung der Berufung als unzulässig nach § 497 zur Folge, wodurch das Urtheil rechtskräftig wird. Durch den Verzicht wird jedoch die verzichtende Partei nicht gehindert, sich der Berufung des Prozeßgegners anzuschließen, § 482 Abs. 1. Vgl. auch Entw. § 455. Norbd.Entw. § 772. Prot. S. 232. 233. 558.

II.

Die Zurücknahme der Berufung.

Bezüglich der Zurücknahme der einmal eingelegten Berufung bestimmt § 476 Abs. 1, daß die Zurücknahme der Berufung, welche eingelegt ist (im Gegensatz zu § 475), ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur zulässig ist bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten.

Es ist dies ein Analogon der Zurücknahme der Klage, vgl. § 243 Abs. 1. Diese Bestimmung steht im engen Zusammenhang mit dem Recht des Appellaten auf Adhäsion an die Berufung. §§ 482. 483. Vgl. Mot. zu § 456 (jetzt § 476) S. 300. Pr. der J.K. I pag. 233. 558. Wollte man die Zurücknahme bis zum Endurtheile zulassen, so würde hierdurch das Anschließungsrecht des Appellaten geradezu illusorisch werden. Sollte sich der Appellat bereits an die Berufung angeschlossen haben, so ist die Zurücknahme der Berufung gleichwohl bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Appellaten im Ter-

mine zulässig. §§ 476. 483 Abs. 1. — Die Zurücknahme ist dem Verzichte in seinen Wirkungen gleich; sie bewirkt, wie dieser, den Verlust des Rechtsmittels, die Rechtskraft des Urtheils und die Verpflichtung, die durch Einlegung des Rechtsmittels entstandenen Kosten zu tragen, bezw. dem Gegner zu ersetzen. Es wird auf gegnerischen Antrag der Verlust des Rechtsmittels und die Kostenersatzpflicht durch Urtheil ausgesprochen. § 476 Abs. 3. Richtig und treffend bemerken hier von Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 476 S. 568, daß das Urtheil auch über den Verlust des Rechtsmittels lauten muß (was bei dem Urtheil, das auf Antrag des Beklagten ergeht, wenn die Klage nach § 243 zurückgenommen wird, nicht der Fall ist —, hier ergeht lediglich Urtheil über die Kosten, was aus dem Wortlaut des Abs. 3 § 243 „auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung — über die Kostentragung durch den Kläger — durch Urtheil auszusprechen"); dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Abs. 3 § 476: „Die Zurücknahme der Klage hat den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind „„diese Wirkungen"" durch Urtheil auszusprechen."

Die Folgen der Zurücknahme treten jedoch auch ohne diesen Urtheilsspruch ein, und ist die Vollstreckbarkeit des Urtheils des Erstinstanzgerichts nicht davon abhängig. Gleichwohl hat der Gegner ein begründetes Interesse, daß urtheilsmäßige Festsetzung erfolge, nämlich wegen der Vollstreckbarkeit seines Anspruchs auf Kostenerstattung. Da die Zurücknahme in ihren Wirkungen dem Verzichte gleichsteht, so kann das Rechtsmittel der Berufung, da es verloren ist, innerhalb der Nothfrist nicht wieder aufgenommen werden. Vgl. die oben citirt. Motive. Anders verhält es sich mit der Klagerücknahme, deren Wirkungen durchaus nicht mit denjenigen des Verzichtes auf den Klageanspruch zusammenfallen. Von der Klagerücknahme handelt § 243, von dem Verzicht auf den Klageanspruch hingegen § 277; wenn Klagerücknahme im Sinne des § 243 vorliegt, so kann die Klage immer wieder von Neuem angestellt werden, was bei der wirksamen Zurücknahme der Berufung nicht der Fall ist. Die Zurücknahme der Berufung hat übrigens den Verlust des Rechtsmittels nur dann zur Folge, wenn dasselbe überhaupt mit rechtlichen Wirkungen eingelegt war. Die Zurücknahme erscheint als gegenstandslos und

steht der wirkungsvollen Einlegung der Berufung in dem Falle nicht im Wege, wenn das zurückgenommene Rechtsmittel noch nicht mit rechtlicher Wirkung eingelegt (d. h. die Zustellung überall noch nicht erfolgt) war. In einem solchen Falle steht auch das Urtheil, welches auf Grund der Zurücknahme des rechtlich noch nicht wirkungsvoll eingelegten Rechtsmittels den Berufungskläger des Rechtsmittels für verlustig erklärt und die Berufung als unzulässig zurückweist, der späteren wirkungsvollen Einlegung der Berufung nicht im Wege. §§ 474 Abs. 2. 475. 476 Abs. 3. — Vgl. hierüber Urtheil des Großh. badisch. Oberlandesgerichts Carlsruhe III C.S. v. 31. Januar 1881, mitgeth. in den Annalen der Großh. bad. Gerichte Bd. 47 (1881) Nr. 10 III S. 148. 149.

§ 476 in Abs. 2 behandelt sodann die formelle Seite der Rücknahme der Berufung, welche den Vorschriften des § 243 Abs. 2 über die Klagerücknahme entspricht. — Abs. 2 § 476 lautet: „Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen." Erfolgt die Zurücknahme bei der mündlichen Verhandlung, so muß sie natürlich durch den Prozeßbevollmächtigten abgegeben werden — § 74 —, da sie sonst ungültig wäre, und ist in Gemäßheit des § 146 Abs. 2 Ziff. 1 diese Erklärung (ohne daß es hierzu eines besonderen Antrages bedürfte) in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Erfolgt die Erklärung durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner, so resultirt, wenn eine Abschrift desselben nicht auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt wird, hieraus kein Nachtheil in rechtlicher Beziehung. § 124. Einer besonderen Annahmeerklärung durch den Gegner bedarf es nicht, arg. § 475 Nordd. Prot. S. 435. 436. Mit der Zustellung des Schriftsatzes treten alsbald die Wirkungen des Abs. 3 § 476 ein. Der Berufungskläger kann in Folge dessen seine Zurücknahme der Berufung im Termine nicht wieder revoziren. Der bereits anberaumte Termin fällt übrigens durch die Zustellung des Schriftsatzes — es sei denn, daß etwas anderes vereinbart ist — nicht weg. Er wird vielmehr abgehalten, wenn auch nur der eine oder andere Theil erscheint. (Erscheint Niemand, so beruht die Sache, und muß der Berufungsbeklagte von Neuem laden, wenn er nach Abs. 3 § 476 Urtheil haben will.) Bleibt der Berufungskläger im

Termin weg, so kann der Berufungsbeklagte in Gemäßheit des Abs. 3 § 476 den Antrag auf Erlassung eines Contumazialurtheils stellen, wenn dem Gericht Abschrift des Schriftsatzes, worin der Berufungskläger die Zurücknahme erklärt hat, vorliegt, weil das Gericht in diesem Falle die Zustellung präsumiren muß, da ja in der Uebergabe der Abschrift dieser Erklärung durch den Berufungskläger das Zugeständniß der Zustellung enthalten ist. Liegt dem Gericht kein Schriftsatz vor, so hat der Berufungsbeklagte, um Contumazialurtheil nach § 476 Abs. 3 auf Antrag zu erhalten, die ihm gemachte Zustellung im Originale zu präsentiren, sonst wird sein Antrag zurückgewiesen und kann er in diesem Falle höchstens Antrag auf Erlassung eines Contumazialurtheils nach § 295 in Verb. mit § 504 erwirken, weil ja in diesem Falle keine gültige Rücknahme vorliegt. Erscheint der Berufungskläger im Termin und behauptet er, die Zurücknahme der Berufung dem Gegner nicht zugestellt zu haben, so kann er gleichwohl nicht kontumaziren, wenn die Abschrift seiner Zurücknahmeerklärung dem Gerichte vorliegt, weil nach dem oben Ausgeführten die Präsumtion der Zustellung vorliegt und der Verlust des Rechtsmittels eingetreten ist. Erscheinen beide Theile und ignoriren die Zurücknahme, so hat das Gericht solche nicht von Amtswegen auf Grund des bei ihm niedergelegten Schriftsatzes zu prüfen und kann die Berufung nicht von Amtswegen als durch Zurücknahme verloren zurückweisen. Vgl. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. 4 zu § 243 S. 54, v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 243 S. 316, Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 6 zu § 243 S. 219. Hat übrigens die Zurücknahme in Gemäßheit des Abs. 2 § 476 gültig stattgefunden, so kann sie auch durch Einwilligung des allein im Termine erscheinenden Gegentheils nicht wieder aufgehoben werden, da das Gericht in diesem Falle über die Frage, ob die Berufung statthaft ist, von Amtswegen gemäß § 497 seine Entscheidung zu geben hat; denn die Wirkung der Zurücknahme ist gleich dem Verzicht auf das Rechtsmittel und daher ist sie stärker als die Wirkung der Klagerücknahme. §§ 243 Abs. 3 u. 4, 475. Wenn der Berufungsbeklagte daher in diesem Falle Versäumnißurtheil nach § 295 beantragen würde, so hätte das Gericht seine Entscheidung nicht diesem Antrage gemäß, sondern solche nach § 497 von Amtswegen zu geben. Vgl. auch Struckmann u. Koch a. a. O.

Von den hier entwickelten Sätzen vermag ich nicht abzugehen und kann ich durchaus nicht die entgegenstehende Ansicht von Birkmeyer „Zur Lehre vom Versäumnißurtheile“ in der Mecklenburgischen Zeitschrift von Budde, Möller und Birkmeyer I (1881) S. 49 u. ff. theilen, wonach, wenn bei gültiger Rücknahme der Berufung der Berufungsbeklagte im Verhandlungstermine beim Ausbleiben des Berufungsklägers den Antrag auf Ausspruch der Wirkungen der Zurücknahme in Gemäßheit des Abs. 3 § 476 stellt, ein kontradiktorisches Urtheil und nicht ein Contumazialurtheil zu ergehen habe. Den Ausführungen Birkmeyer's a. a. O. kann ich nicht beistimmen; sie widerstreiten dem Begriff der kontradiktorischen Verhandlung. Es scheint mir namentlich nicht richtig zu sein, daß ein Versäumnißurtheil nicht nur eine Verhandlung zur Hauptsache, sondern stets und immer eine Verhandlung zur ganzen Hauptsache voraussetze. Hier handelt es sich um eine Verhandlung über den nunmehrigen Verhandlungsgegenstand, und da muß so gut Versäumnißurtheil ergehen, wie wenn es sich um die ganze Hauptsache handeln würde. Ich theile hinsichtlich des Begriffs „kontradiktorisches Urtheil“ die Ansicht Fittings Civilprozeß (5. Aufl.) § 63 S. 229, 230 Anm. 8, der sagt: „Den Gegensatz des Versäumungsurtheils bildet das kontradiktorische Urtheil, d. h. dasjenige, welches auf Grund beiderseitiger Verhandlung ergeht oder doch rechtlich wie ein auf Grund beiderseitiger Verhandlung ergangenes behandelt wird (wie z. B. das Theilurtheil im Fall von C.P.O. § 318 Abs. 2 oder das auf Antrag einer Partei erlassene Versäumnißurtheil in Rücksicht auf sie selbst).“ — Die Unterscheidung Birkmeyer's a. a. O., in unserem Fall bedürfe es materiell einer Verhandlung nicht mehr, sie sei nur formell nöthig wegen des Mündlichkeitsprinzips, ist allzu künstlich. Dem Mündlichkeitsprinzip ist in unserem Falle durch eine einseitige mündliche Verhandlung nicht genügt, auf Grund einer einseitig mündlichen Verhandlung kann kein kontradiktorisches Urtheil ergehen, dies wäre ein Verstoß gegen dte Fundamentalgrundsätze der Prozeßordnung. Die Fälle des § 318 Abs. 2 und der §§ 578, 611, 620, 624, 626 sind nur singuläre, durch das Gesetz sanktionirte Ausnahmefälle von dem allgemeinen Prinzip, und der Fall des Abs. 2 § 296, wonach sich der ganz oder theilweise abgewiesene Kläger, nach den Motiven S. 234, einem kontradiktorischen Urtheile gegenüber befindet, paßt nicht hierher, da die Motive a. a. O. hiermit

nur ausdrücken wollen, daß dem Kläger in diesem Falle die Berufung gegeben sei, wie wenn ein kontradiktorisches Urtheil gegen ihn erlassen wäre. Auf dem Wege der Fiktion eines kontradiktorischen Urtheils gelangen die Motive zum Schlusse, die Berufung sei hier zulässig. Wollte man in unserem Falle, den Birkmeyer bespricht, nur die Zulässigkeit eines kontradiktorischen Urtheils annehmen, so würde man auch dem Berufungskläger, im Falle die Berufung gültig zurückgenommen ist, die Berufung wegen des Kostenpunktes allein abschneiden. Ich vermag Birkmeyer's a. a. O. hiervon abweichende Ansicht, die auf einer unrichtigen Auslegung des § 94 beruht, nicht zu theilen. Vgl. meine Ausführungen zu § 3 S. 32. Richtig ist auch die von v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 476 S. 568 gemachte Bemerkung, daß es keine theilweise Zurücknahme der Berufung im Sinne des § 476 gebe, — eine theilweise Rücknahme der Klage ist hingegen zulässig, — da die Wirkungen des Rechtsmittels auf die Devolvirung der Sache bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung untheilbar seien. § 476 handelt nur von der vollständigen Zurücknahme der Berufung. Eine theilweise Rücknahme ist nichts anderes als eine Beschränkung der in appellatorio gestellten Anträge. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 1 zu § 94 S. 127. Vgl. über den Verzicht und die Rücknahme der Berufung Hellmann Civilproz.ordn. (neue Aufl. 1881) II Bem. zu § 243 S. 47. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 476 S. 520 u. zu § 243 S. 61. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. IV zu § 243 S. 54. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 475, 476 S. 401 ff. Puchelt Civilproz.ordn. II Anm. zu §§ 475, 476 S. 315. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 476 S. 330—332. Uebel Civilproz.ordn. II zu § 476 S. 4. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu §§ 475 u. 476 S. 543 bis 545. Ueber die Zurücknahme der Berufung: Entw. § 456. Nordd. Entw. § 773 Prot. S. 233, 558.

§ 7.

I. Von der Stellung des Berufungsbeklagten überhaupt.

II. Die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung insbesondere, und zwar:

A. Das Recht der Anschließung und die Ausübung desselben.

B. Das Erlöschen des Anschließungsrechts.

C. Formalien der Einlegung der Anschlußberufung.

I.

Von der Stellung des Berufungsbeklagten überhaupt.

Die Stellung des Berufungsbeklagten in der Berufungsinstanz ist in Folge des prozessualischen Charakters der Berufung als eines novum judicium im Allgemeinen dieselbe, welche der Beklagte im Erstinstanzverfahren vor den Landgerichten einnimmt, wie ja auch die Stellung des Berufungsklägers der des Klägers im landgerichtlichen Verfahren im Großen und Ganzen entspricht. Um darauf hinzuweisen, hat unsere Prozeßordnung zur Bezeichnung der Parteirollen im Appellationsverfahren auch nicht ohne Absicht die Ausdrücke „Berufungskläger“ und „Berufungsbeklagter“ gewählt. Es findet zwischen den streitenden Theilen, wie beim landgerichtlichen Verfahren, ein vorbereitender Schriftenwechsel statt, und gelten die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch im Berufungsverfahren. Vgl. § 480 in Verbd. mit §§ 120 ff., 244 ff. Es hat insbesondere der Berufungsbeklagte in Gemäßheit des § 484 in Verbd. mit § 244 die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, durch einen vorbereitenden Schriftsatz — die Berufungsvernehmlassungsschrift — zustellen zu lassen, und soll dieser Schriftsatz die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte beabsichtigt, in der Berufungsinstanz geltend zu machen. Es ist dies eine instruktionelle Vorschrift, deren Außerachtlassung in Gemäßheit der Bestimmung des § 120, welche in appellatorio ihre Anwendung findet, keine Rechtsnachtheile in der Sache selbst zur Folge hat, wenn gleich andere Nachtheile, wie Kosten durch etwa nöthig werdende Terminsverlegung, Unzulässigkeit eines Versäumnißurtheils eintreten können. Vgl. §§ 90. 300 Nr. 3. 245 Abs. 2. 252, Der Berufungsbeklagte kann, da beide Theile in

Bezug auf die ihnen zu Gebote stehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel und die von ihnen geltend zu machenden Anträge und Beweismittel gleichgestellt sind, so gut, wie der Berufungskläger, Angriffsmittel, welche er in I. Instanz nicht geltend gemacht hat, Vertheidigungsmittel, welche er beim Untergericht nicht vorgebracht hat, vorbringen, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel. Vgl. §§ 484. 491. Die Erhebung einer Widerklage ist jedoch in der Berufungsinstanz nicht gestattet. Vgl. Leonhardt d. bürg. Prozeßordn. § 417 Note. Wegen der prozeßhindernden Einreden vgl. §§ 247. 266. 248. Soviel im Allgemeinen über die Stellung des Berufungsbeklagten. Das Einzelne behalte ich dem II. Abschnitte vor, in welchem ich mich eingehend über das Verfahren und die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht verbreiten werde, wobei hauptsächlich die Geltendmachung der nova in der Berufungsinstanz in's Auge gefaßt werden soll.

II.

Die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung insbesondere.

A. Das Recht der Anschließung und die Ausübung desselben.

Verschieden und wohl zu unterscheiden von der Anschließung, was hier noch beiläufig bemerkt werden soll, ehe ich zur Anschließung selbst übergehe, ist die sogenannte Coappellation, d. h. eine von beiden Theilen selbständig eingelegte Appellation, auf welche die Vorschriften des Gesetzes über die Berufung volle Anwendung finden, und wobei gegebenen Falls eine getrennte Verhandlung gepflogen werden kann — §§ 136 ff. C.P.O. — und auch die Erlassung eines Theilurtheils möglich ist. Die Coappellation hat keine weiteren Besonderheiten. —

Die Materie, die von der Anschließung an die Berufung handelt, ist in unserem Gesetzbuch in den §§ 482 und 483 behandelt, woraus man den Schluß zu ziehen geneigt sein könnte, die Anschließung sei, weil sie so knapp im Gesetze behandelt, bezw. nur in zwei Paragraphen abgethan ist, äußerst einfach und gebe zu keinerlei Erörterungen und eingehenden Untersuchungen Anlaß. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Lehre von der Anschließung ist nach der Civilprozeßordnung, wenn dieselbe auch nur in zwei Paragraphen ex professo behandelt wird, nicht einfach, sondern zum Theil verwickelt und nicht ohne Kontroversen. Dies dürfte sich aus folgender Darstellung ergeben.

Der Berufungskläger — ich gehe sofort in die Sache ein — kann seine Berufungsanträge bis zur mündlichen Gerichtsverhandlung stellen und bis dahin auch ändern, da die Berufungsschrift — deren Einreichung stets vorausgesetzt —, ja, wie bereits früher bemerkt, auch hinsichtlich der Anträge nur als eine vorbereitende Schrift erscheint. § 480 Abs. 2. Daher ist es auch dem Berufungsbeklagten, um ihm gleiche Rechte wie dem Berufungskläger zu gewähren, ihn nicht schlechter als diesen zu stellen, gestattet und unbenommen, sich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung der Berufung anzuschließen, ohne daß jedoch seine Beschwerdepunkte, wie nach gemeinem Prozeßrechte, konnex mit den Beschwerdepunkten des Berufungsklägers sein müßten. Vergleiche wegen des Erfordernisses der Connexität der Beschwerdepunkte des Berufungsbeklagten mit denen des Berufungsklägers bei der accessorischen Adhäsion im gemeinen Prozeßrechte: Renaud Lehrbuch § 180 (2. Aufl.). v. Bayer Vorträge (9. Aufl.) § 325 S. 1063 ff. Wetzell System (3. Aufl.) § 56 S. 746 ff.

Nach dem neuen Reichsprozeßrecht kann die Adhäsion daher sowohl auf andere Streitpunkte als auch auf andere Ansprüche sich erstrecken, wenn dieselben nur in demselben Urtheile enthalten sind, welches durch die Berufung angefochten wird, wodurch es möglich ist, daß eine durchaus neue Verhandlung stattfindet, welche eine reformatio in pejus des Berufungsklägers im Gefolge haben kann. Vgl. v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 482 S. 573. Das Recht der Anschließung kann sich seinem Umfange nach auf das ganze Urtheil, gegen welches appellirt worden ist, beziehen, weil durch die Berufung der ganze Rechtsstreit devolvirt wird. Vgl. Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Anm. 1 zu § 482 S. 447. Mot. zu §§ 461 u. 462 (jetzt §§ 482 u. 483) S. 304.

Da die Adhäsion des Berufungsbeklagten nur an das vom Berufungskläger angefochtene Urtheil geschehen kann, so ist sie naturgemäß dann nicht zulässig an Theilurtheile oder als Endurtheile anzusehende Zwischenurtheile — §§ 472 bis 474 —, welche dem durch die Berufung des Appellanten angefochtenen Endurtheil vorausgegangen sind, wann dieselben nicht mit der Berufung angefochten worden sind. Der Berufungsbeklagte kann sich sogar auch nur wegen der Entscheidung wegen des Kostenpunktes anschließen, gegen welche allein die Berufung ausgeschlossen ist, ohne daß er eine Adhäsion in der Hauptsache vornehmen müßte. Vgl. §§ 482.

94. 518. Mot. zu § 92 (§ 94) S. 116., ferner zu §§ 461 und 462 (jetzt §§ 482 u. 483) S. 304.

Kurz das Anschließungsrecht an das mit der Berufung angegriffene Urtheil steht dem Berufungsbeklagten in unbeschränkter Weise zu; es ist ihm hierdurch dem Urtheil des Erstinstanzgerichts gegenüber dieselbe Stellung gegeben wie dem Berufungskläger, welche nur dadurch beschränkt ist, daß er adhärirt und nicht coappellirt. Schließt er sich an, so kommt der Rechtsstreit sachlich nahezu in dieselbe Lage, in der er sich befand, ehe er in der I. Instanz verhandelt worden ist, da jetzt beide Theile in der Lage sind, neue Thatsachen und neue Beweise beizubringen, weßhalb, wie schon oben bemerkt, möglicher Weise eine reformatio in pejus appellantis eintreten kann. Natürlich gibt, abgesehen von der Anschließung, die lediglich wegen des Kostenpunktes erfolgt, die Anschließung keine größeren Befugnisse als die Berufung selbst; so ist namentlich die Erhebung einer Widerklage im Adhäsionswege ausgeschlossen, da die Erhebung einer solchen in der Berufungsinstanz überhaupt unzulässig ist. § 491. Mot. zu § 470 (jetzt § 491) S. 306 u. S. 116.

Wenn in I. Instanz nach dem Antrage des Klägers erkannt ist und der Beklagte legt gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß die Berufung ein, so kann sich der Kläger der Berufung anschließen und seinen ursprünglichen Klageantrag erweitern, überhaupt in Gemäßheit des § 240 Ziff. 1, 2 u. 3 zulässige Aenderungen der Klage (die nicht unter den Begriff der „Klageänderung" im Sinne des § 240 — Aenderung des Klagegrundes — fallen) vornehmen, beziehungsweise geltend machen. Dieses Recht steht ihm jedoch auch, ohne daß er sich gerade anschließt, in seiner Stellung als Berufungsbeklagter überhaupt zu. Der § 240 findet Anwendung auf die §§ 489 und 491. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 240 S. 313 u. Bem. 1 zu § 489 S. 578 u. Bem. 2 zu § 591 S. 580. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 489 S. 376 u. Bem. 1 u. 2 zu § 491 S. 376. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 6 zu § 240 S. 217 u. Bem. zu § 489 S. 451. 452. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I u. II zu § 482 S. 497. 498. Bem. zu § 489 S. 507. v. Sarwey Civilproz.ordn. I Bem. 4 zu § 482 S. 665. 666. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 289 S. 536. 537. Bem. zu § 491 S. 538. 539.

Daß im Wege der Adhäsion der Anschließungskläger ganz neue

Ansprüche, die neue Streitpunkte betreffen, in appellatorio geltend macht, ist so wenig wie bei der selbständigen Berufung durch den Appellanten zulässig, abgesehen von wenigen Ausnahmen, vgl. §§ 489 bis 491, wovon später bei eingehender Besprechung dieser Paragraphen gehandelt wird. Auch die Präjudizial-Incidentklage und Präjudicial-Incidentwiderklage ist in appellatorio unzulässig. § 253 in Vbd. mit § 491.

Das Anschließungsrecht des Berufungsbeklagten geht so weit, daß er sich der Berufung selbst dann noch anschließen kann, wenn er auf dieselbe verzichtet hat, oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist; denn der Abs. 1 § 482 lautet wörtlich: „Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist“ — vgl. auch §§ 475. 477. Dann natürlich kann von einer Anschlußberufung keine Rede mehr sein, wenn ein Verzicht auf diese vorliegt. Vgl. Mot. zu §§ 461. 462 (jetzt §§ 482. 483), die in dieser Beziehung sagen: „Ein Verzicht auf die Berufung wird der Regel nach nur als unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben anzusehen sein. Ist deshalb trotz des Verzichts die Anschließung zulässig, so ist doch der vertragsmäßige Ausschluß der Anschlußberufung nicht unmöglich, wenn der Vertrag oder der Verzicht ausdrücklich hierauf gerichtet war.“

Auch kann der Berufungskläger bei zurückgenommener Berufung sich der Berufung des Gegners anschließen, da in Bezug auf das Anschließungsrecht die Zurücknahme der Berufung dem Verzichte auf dieselbe gleichzustellen ist in analoger Anwendung des Abs. 1 § 482 und im Wege der extensiven Interpretation desselben. Vgl. auch Puchelt Civilproz.ordn. II Anm. 5 zu §§ 482 u. 483 S. 325, Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. III zu § 482 S. 499 u. Bem. I. 2 zu § 483 S. 500. — Das Urtheil, welches im Falle der Zurücknahme der Berufung auf Grund des § 476 Abs. 3 ergangen ist, steht der Anschließung an die Berufung des Gegners nicht im Wege. Vgl. auch Kries Rechtsmittel § 6 S. 152. 153, Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) II. Bem. 2. c zu § 483 S. 401.

Auch ist es einerlei, ob in dem Falle der Zurücknahme der Berufung der Gegner des Zurücknehmenden die Berufung von vornherein selbständig, d. h. innerhalb der Berufungsfrist, erhoben hat oder sich nachträglich der erhobenen Berufung, welche zurück-

genommen worden ist, innerhalb der Berufungsfrist angeschlossen hat, wodurch die Anschließungsberufung nach § 483 Abs. 2 („hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt") nachträglich zu einer selbständigen wird. In dem einen wie in dem anderen Falle kann sich der die Berufung Zurücknehmende anschließen. Warum in dem letzten Falle die Anschließung an die selbständige Anschlußberufung wegen § 476 Abs. 3 nicht gestattet sein soll, wie Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 7 zu § 483 S. 551 annimmt, vermag ich nicht einzusehen; es wäre denn, daß der seine ursprüngliche Berufung Zurücknehmende sich innerhalb der Berufungsfrist noch an die nach § 483 Abs. 2 erhobene Anschlußberufung anschließen würde; hier dürfte allerdings Abs. 3 § 476 entgegenstehen, weil ja in diesem Falle in der Einlegung der Anschlußberufung, die den Charakter einer selbstständigen Berufung (weil noch in der Berufungsfrist erfolgt) annehmen würde, Seitens desjenigen, der die Hauptberufung zurückgenommen hat, eine Wiederaufnahme des durch die Zurücknahme verlorenen Rechtsmittels liegen würde, was nach Abs. 3 § 476 nicht zulässig ist. Hellmann a. a. O. und Kries a. a. O. machen mit Recht darauf aufmerksam, daß die Zurücknahme der Berufung demjenigen, welcher sie zurückgenommen hat, nur das Recht entzieht, von neuem die selbständige Berufung einzulegen (also auch die Anschlußberufung des Abs. 2 des § 483, die ja selbständige Berufung ist, zu erheben) — und daß dies auch durch die Motive bestätigt wird, welche S. 300 sagen: „Die Zurücknahme der Berufung ist in ihren Wirkungen dem Verzichte gleichgestellt." — Vgl. auch Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. I. 2 zu § 482 S. 337. 338. Die Motive zu §§ 461 u. 462 (jetzt §§ 482 u. 483) S. 304 heben erläuternd hervor, daß der Verzicht auf die Hauptberufung aus dem Grunde die Adhäsion nicht ausschließt, weil ein solcher Verzicht nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit erfolge, also nur einen bedingten Charakter habe. Dies gilt selbstverständlich auch bei der Zurücknahme der Hauptberufung. Mit Recht nimmt dies auch Petersen a. a. O. an, indem er ausführt, daß der Verzicht oder die Zurücknahme der Berufung unter der Voraussetzung als erfolgt zu betrachten sein dürfte, daß sich der Gegner gleichfalls mit dem ergangenen Urtheil zufrieden gibt und nicht selbst appellirt.

Nur darin scheint mir Petersen a. a. O. zu weit zu gehen, wenn er, hieran anknüpfend, behauptet, daß übrigens dann ein Verzicht auf das Anschließungsrecht angenommen werden müsse, wenn der Berufungskläger, nachdem auch der Gegner selbständige Berufung eingelegt habe, seine Berufung zurücknimmt. Dies ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Es ist dies, wie von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 482 S. 574 bemerken, stets eine quaestio facti, zumal die Zurücknahme nicht nachtheiliger wirken könne als der Verzicht, auch wenn sie nach Einlegung der gegnerischen Berufung erfolge. Vgl. auch Gaupp II a. a. O. Bem. III zu § 476 S. 489. Ich gehe, den Ausführungen v. Wilmowski u. Levy's a. a. O. beistimmend, noch weiter, indem ich, abgesehen davon, daß die Auffassung von Petersen im Widerspruche mit dem Gesetze steht (Abs. 1 § 482 hat nicht blos den Verzicht, sondern auch die Zurücknahme der Berufung im Auge), behaupte, daß der Verzicht auf die Anschlußberufung nicht als durch konkludente Handlungen erfolgt angenommen werden kann, was doch der Fall wäre, wenn in der Zurücknahme der Berufung ein Verzicht auf das Anschließungsrecht liegen würde.

Solange die Anschlußberufung nach § 482 Abs. 1 zulässig, solange sie nicht ausdrücklich zurückgenommen, nicht ausdrücklich auf sie verzichtet ist, was hier in dem von Petersen a. a. O. Behaupteten doch offenbar der Fall, kann sie immer noch eingelegt werden.

In Abs. 2 § 482 ist sodann weiter bestimmt: „Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnißurtheils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung." In Folge dessen kann das Versäumnißurtheil von der Partei, gegen welche es erlassen worden ist, im Wege der Anschließung nur in dem Falle des Abs. 2 § 474 angefochten werden. Mit andern Worten: Die säumige Partei kann sich, wenn die nicht säumige Partei die Berufung gegen ein Versäumnißurtheil einlegt, der Berufung nur auf Grund der Behauptung anschließen, daß Versäumung nicht vorgelegen habe, d. h. wenn sie sich im zweiten Ungehorsamsfalle befindet, in welchem der Einspruch an sich nicht statthaft ist. §§ 310. 474 Abs. 2. Der Anschluß hingegen ist dann nicht zulässig, wenn gegen den Berufungsbeklagten ein Versäumnißurtheil ergangen ist, gegen welches für ihn nur der Einspruch an sich statthaft war, d. i. wenn der Berufungsbeklagte sich im ersten Ungehorsamsfalle befand

und er den Rechtsbehelf des Einspruchs nicht geltend gemacht hat. Dies ist eine Anwendung des Satzes: „contumax non appellat.“ Vgl. §§ 303 ff. 310. 482 Abs. 2. 474 Abs. 2. Vgl. meine Ausführungen § 3 Seite 23 dieser Schrift.

Wenn Petersen Civilprozeßordnung (1. Aufl.) II Anm. 3 zu § 482 S. 338. ausführt, daß, wenn gegen ein Urtheil, das die Klage theilweise abweist, theilweise durch Versäumnißurtheil dem Begehren der Klage entspricht (§ 296 Abs. 2), vom Kläger Berufung eingelegt wird, der Beklagte seine Einwendungen nicht sofort in der Berufungsinstanz geltend machen könne, sondern zunächst Einspruch erheben müsse, so ist dies nur in soweit richtig, als der Beklagte natürlich den Einspruch rechtzeitig erheben muß, um sich diesen Rechtsbehelf zu sichern, was jedoch sicherlich nicht ausschließt, daß er seine Einwendungen sofort in der Berufungsinstanz geltend machen kann, gleichzeitig mit Erhebung des Einspruchs oder auch vor Erhebung desselben. Nach § 486 ist dann vom Berufungsgericht von Amtswegen die Entscheidung über die Berufung zu vertagen bis der Einspruch erledigt ist.

Ist das Urtheil von der nicht erschienenen Partei durch Berufung angegriffen, so kann die Gegenpartei ihr Anschließungsrecht unbeschränkt geltend machen.

Eine Anschließung des Berufungsklägers an die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten, welche nicht eine Adhäsion im Sinne des § 483 Abs. 2 ist — d. h. nicht als selbständige Berufung erscheint (nämlich, wenn der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen hat, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt), gibt es nicht, so wenig als eine Widerklage gegen eine Widerklage zulässig ist, und die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten ist ein Analogon der Widerklage. Vgl. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 482 S. 410 ff. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 7 zu §§ 482. 483 S. 551. Wollte man auch die Zulässigkeit annehmen, so ist sie ohne Werth, weil ja die Berufungsanträge von dem Berufungsbeklagten in der mündlichen Verhandlung geändert werden können, wodurch derselbe alles das erlangen kann, wozu ihm eine Anschlußberufung verhelfen würde. Nur in dem Falle des § 483 Abs. 2, wenn der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der Berufung angeschlossen hat, wodurch seine Anschlußberufung zur selbstständigen Berufung wird, kann eine Anschließung des Berufungs-

klägers an die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten stattfinden. Ganz richtig und treffend bemerken hier Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Anm. 3 zu § 482 S. 448, daß, wenn die Anschließung an eine nach § 483 Abs. 2 als selbständige Berufung anzusehende Adhäsion erfolgt, sie wegen der Möglichkeit, eine wegen Verzichts (oder wegen Zurücknahme der früher eingelegten Berufung) oder eine nach § 94 (Berufung gegen ein Urtheil lediglich wegen des Kostenpunkts unzulässig) an sich unzulässige Berufung auf diesem Wege aufrecht zu erhalten, Bedeutung gewinnen kann. Vgl. auch Seuffert a. a. O. Anm. 7 S. 551.

Eine Berufung hingegen, die, ursprünglich in der Sache selbst eingelegt, in der Berufungsinstanz als Berufung (nicht als Anschlußberufung) lediglich wegen des Kostenpunkts aufrecht erhalten werden wollte, ist nach der ratio legis — vgl. Mot. zu § 92 (jetzt § 94) S. 116 — unter allen Umständen als eine Umgehung des Gesetzes unstatthaft, was hier Hervorhebung finden soll. Vgl. auch meine Ausführungen § 3 S. 32. Wenn Puchelt hingegen in seiner Civilproz.ordn. II Anm. 8 zu §§ 482, 483 S. 326 behauptet, die als Berufung wirksame Anschließung des § 483 Abs. 2 gebe dem Gegentheil nicht das Recht der Adhäsion, indem sonst § 476 Abs. 3 umgangen würde, so ist dem nicht beizupflichten und verweise ich auf das von mir oben in diesem Paragraphen S. 84 Ausgeführte, wo ich die mit Puchelt übereinstimmende Ansicht Seuffert's Civilprozeßordn. Bem. 7 zu § 483 S. 551 widerlegte, und bemerke hier noch gewissermaßen auch ergänzend zu meinen oben S. 84 gemachten Ausführungen, daß diese Meinung genannter Autoren deshalb schon unhaltbar sein dürfte, weil ja auch dem Berufungsbeklagten nach § 482 das Recht gegeben ist, sich der Berufung anzuschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet oder die bereits eingelegte zurückgezogen hat, — was hier naturgemäß seine Anwendung auch auf den Berufungskläger findet und finden muß, da er ja hier die Rolle tauscht und einer selbständigen Berufung des Berufungsbeklagten gegenübersteht, welch' letzterer im Falle des § 482 Abs. 2 als Berufungskläger erscheint, während der ursprüngliche Berufungskläger der selbständigen Berufung des Berufungsbeklagten gegenüber wie der Berufungsbeklagte zu betrachten und zu behandeln ist und demgemäß adhäriren kann. Insofern ist der § 476 Abs. 3 gar nicht für unsere Frage maßgebend, es kann daher auch von einer Umgehung

desselben keine Rede sein. Wenn freilich die Anschlußberufung, die innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist und daher als selbständige Berufung gilt — § 483 Abs. 2 — in Folge der durch das Berufungsgericht vorzunehmenden Prüfung — § 497 — wegen Mangels eines wesentlichen Requisites der Berufung, oder weil der Berufungsbeklagte früher auf die Berufung verzichtet oder die bereits eingelegte Berufung zurückgenommen hat, als unzulässige Hauptberufung verworfen worden ist und daher nicht einmal als Anschlußberufung aufrecht erhalten werden kann, so kann natürlich auch von einer Anschließung des Berufungsklägers an die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten, die weder als Anschlußberufung mehr aufrecht erhalten werden kann und noch viel weniger als selbständige Berufung mehr existirt, nicht mehr die Rede sein.

Es wird weiter unten nochmals in anderem Zusammenhange die Frage über die Anschließung des Berufungsklägers an die zur selbstständigen Berufung gewordene Anschlußberufung des Berufungsbeklagten ventilirt werden. Die als selbstständige Berufung geltende Anschließung des § 483 Abs. 2 ist unabhängig vom Schicksal der Berufung des Gegners, was aus dem Charakter dieser Adhäsion als selbstständigen Berufung folgt. Nach den Motiven zu §§ 461. 462 (jetzt §§ 482. 483) Seite 304 kommt nicht die mündliche Verhandlung in Betracht, wenn es sich fragt, ob die Adhäsion innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, sondern die Zustellung des Schriftsatzes, in welchem die Anschließung enthalten ist, wenn ein solcher vorhanden ist, denn: „Nur in dem Falle, daß der Anschluß innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, hat die sonst blos vorbereitende Erklärung die erhöhte Bedeutung der eigenen Berufung." — Es kann jedoch auch, soweit vorbereitende Schriftsätze nicht gewechselt worden sind, in der mündlichen Verhandlung innerhalb der Berufungsfrist durch Verlesung des gestellten Anschlußantrags die Anschließung erfolgt und hierdurch zur selbstständigen Berufung geworden sein. § 269. (Es muß hier die Verlesung aus einem dem Gerichtsprotokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatz erfolgen).

B. Erlöschen des Anschließungsrechts.

Die Anschließung verliert nach § 483 Abs. 1 ihre Wirkung, wenn die Berufung als unzulässig, d. h. als gesetzlich, formell (nicht materiell) unzulässig von dem Berufungsrichter verworfen wird, oder vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten

von dem Berufungskläger zurückgenommen wird (die Zurücknahme ist nämlich ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung desselben zulässig — § 476 Abs. 1) oder deren spätere Zurücknahme vom Gegner genehmigt wird. §§ 483 Abs. 1, 476 Abs. 1, 497. Vgl. auch Mot. zu §§ 461. 462 (jetzt §§ 482. 483) S. 304, welche wörtlich besagen:

„Der Beginn der mündlichen Verhandlung ist der Zeitpunkt, von welchem an der Berufungskläger die Anschließung durch Zurücknahme der Berufung nicht mehr verhindern kann (§ 476), während die frühere Zurücknahme (der Berufung) die Anschließung unmöglich macht. Ebenso muß die Anschließung durch Wegfall der Berufung selbst ihre Wirkung verlieren, wenn die Berufung als unstatthaft (§ 497) verworfen werden muß."

Als unstatthaft, d. i. unzulässig wird die Berufung von Amtswegen verworfen, wenn die nach § 479 nothwendigen Requisite der Berufungsschrift nicht vorhanden sind, vgl. oben § 5 S. 62 ff.

Wenn die Hauptberufung wegen Versäumung abgewiesen worden ist — § 504 —, so fällt die Anschließung hiermit nicht hinweg, sondern es ist in analoger Anwendung des Abs. 2 § 504 das thatsächliche mündliche Vorbringen des Adhärenten, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht im Wege steht, vom ausgebliebenen Berufungskläger für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässiger Weise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe. Wenn der adhärirende Theil im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht nicht erscheint, so wird die Adhäsion auf Antrag als unstatthaft verworfen. Vgl. Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 4 zu § 504 S. 537. Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Anm. zu § 483 S. 339 u. Bem. 4 zu § 504. Struckmann u. Koch Civilprozeßord. (3. Aufl.) Anm. 2 zu § 483 S. 449. Hingegen anderer Ansicht ist Endemann Civilprozeßordn. II Bem. 1. b zu § 483 S. 411 u. Bem. 1 zu § 504 S. 437 — er nimmt an, daß im Falle der Abweisung des Hauptberufungsklägers wegen Versäumung desselben, auch die Anschlußberufung erlischt, was sich jedoch durchaus nicht aus dem Gesetze begründen läßt. Die Berufung erscheint beim ungehorsamen Ausbleiben des Berufungsklägers nicht als zurückgenommen, sondern wird nur auf Antrag des Berufungsbeklagten, des Adhärenten abgewiesen. Vgl. § 504 Abs. 2, der analog anzuwenden ist.

Von einer Zurücknahme der Berufung oder einer Verwerfung derselben als „unzulässig“ im Sinne des § 483 Abs. 1 in Verbindung mit § 497 kann hier nicht gesprochen werden. Vgl. auch § 476 C.P.O. und das oben von mir zu demselben Ausgeführte — § 6 S. 75 dieses Buches —, wonach eine Zurücknahme der Berufung durch konkludente Handlungen nicht erfolgen kann. Aus § 483 Abs. 1 in Verbindung mit § 497 ergiebt sich, daß von einer Verwerfung der Berufung als „unzulässig“ nur dann die Rede ist, wenn das Berufungsgericht in Folge seines ihm von Amtswegen zustehenden Prüfungsrechts, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist, zu einem negativen Resultate gelangt ist, nämlich zur Verwerfung der Berufung als „unzulässig“, da es an einem der besagten Erfordernisse mangelt.

Beim Ausbleiben des Berufungsklägers hingegen ist die Berufung auf Antrag abzuweisen.

Anderer Meinung als wir sind auch v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 483 S. 574 und Anm. 1 zu § 504 — welche ausführen, daß in unserem Falle die Anschlußberufung gemäß § 483 Abs. 1 von selbst hinwegfalle, „weil die Versäumniß des Berufungsklägers entsprechend dem Präjudize in I. Instanz materiell als ein Verzicht auf das Berufungsrecht anzusehen sei, mithin — da ein formeller „Verzicht“ nur vor Einlegung des Rechtsmittels, nicht wie bei der Klage auch nach Erhebung desselben zulässig sei — die Abweisung des Berufungsklägers durch Versäumnißurtheil einer Zurücknahme der Berufung gleichzuachten sei.“ — So auch Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. II zu § 504 S. 535.

Darin sind alle Kommentatoren einig, daß, wenn in unserem Falle der Berufungsbeklagte eine nach § 483 Abs. 2 als selbstständig zu erachtende Anschlußberufung eingelegt hat, solche nicht von selbst mit der Hauptberufung im Versäumnißverfahren wegfällt.

Erfolgte auf Grund des § 105 die Verwerfung des Rechtsmittels (§ 105 lautet: „Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen“), so steht dies der Zurücknahme der Berufung gleich, weil ja in demselben Falle

die Klage für zurückgenommen erklärt und nicht abgewiesen wird. Es verliert hierdurch die Anschlußberufung des Beklagten, wenn sie nicht eine selbstständige im Sinne des § 483 Abs. 2 ist, ihre Wirkung. Vgl. Petersen Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 105 S. 201. v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 482 S. 574. Bem. 4 zu § 105 S. 139. Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 105 S. 00. Puchelt Civilprozeßordn. I zu § 105 S. 108. v. Sarwey Civilprozeßordn. I zu § 105 S. 191. Gaupp Civilprozeßordn. I Bem. zu § 105 S. 320.

Wenn hingegen der Kläger sich nur angeschlossen hat, so ist nur seine Anschließung als hinfällig auf Antrag zu verwerfen. A. M. Siebenhaar Civilprozeßordn. Bem. zu § 105 S. 158. — Wenn die Anschließung innerhalb der Berufungsfrist erfolgt und hierdurch nach Abs. 2 § 483 nicht mehr als Anschlußberufung, sondern als selbstständige Berufung erscheint, so hat gleichwohl das Gericht jedenfalls von Amtswegen zu prüfen, ob die Erfordernisse einer selbstständigen Berufung vorliegen, ob solche gegen eine appellable Entscheidung eingelegt ist, ob sie als Berufung im Sinne des Gesetzes betrachtet werden kann, ob sie z. B. nicht einen Verstoß gegen die Bestimmungen des § 94 oder den wesentlichen Inhalt der Berufungsschrift — § 479 Abs. 1 und 2 — enthält (die besondere Ladung zur mündlichen Verhandlung fällt weg), ob der Berufungsbeklagte nicht früher auf die Berufung verzichtet oder die eingelegte Berufung zurückgenommen hatte. Selbstverständlich ist, daß die Anschließung entweder schriftlich oder doch in der mündlichen Verhandlung innerhalb der Berufungsfrist durch Vorlesung des gestellten Anschlußantrags erfolgt sein muß. Vgl. § 269. Vgl. die oben citirten Motive zu §§ 461. 462 (jetzt 482. 483) S. 304. Nordd. Entw. § 783. Prot. S. 232.

Findet das Gericht bei seiner von Amtswegen vorzunehmenden Prüfung, daß es der Anschlußberufung des § 483 Abs. 2, die als Hauptberufung gilt und als solche zu behandeln ist, an einem der oben aufgeführten Erfordernisse fehlt, so muß es die Anschlußberufung, die als Hauptberufung erscheint, von Amtswegen als „unzulässig" verwerfen, und kann sie auch nicht als Anschlußberufung aufrecht erhalten. Vgl. hierüber: Uebel Civilprozeßordn. II Anm. 4 zu § 483. Vgl. ferner Prot. I S. 236, Prot. II S. 559 am Anf.

Fällt die Prüfung zu Gunsten der Anschlußberufung des Abs. 2 § 483 aus, der Art, daß sie als selbständige Berufung aufrecht erhalten wird, so steht dem Berufungskläger, auch wenn er seine Berufung zurückgenommen hat, das Recht zu, sich der selbständigen Berufung des Gegners — denn dies ist in unserem Falle die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten, Abs. 2 § 483 — anzuschließen. Dies folgt aus dem oben Ausgeführten S. 83, wonach das Anschließungsrecht des Adhärenten so weit geht, daß er sich der Berufung anschließen kann, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet oder die bereits eingelegte Berufung zurückgenommen hat. Es wird hierdurch auch nicht gegen die Vorschrift des Abs. 3 § 476 verstoßen, da durch den Verzicht oder die Zurücknahme der Berufung nur der Verlust des Rechtsmittels der Berufung an sich eintritt, nicht aber das Anschließungsrecht an die selbständige, nicht als „unzulässig" verworfene Berufung der Gegenpartei erlischt. Vgl. auch die oben angeführten Kommentare.

Im Falle die Anschlußberufung im Sinne des § 483 Abs. 2 als selbständig eingelegte Berufung erscheint und als solche zulässig ist, findet natürlich Abs. 1 § 483 keine Anwendung.

Die Ansicht von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 483 S. 574. 575, wonach eine Anschließung an eine in Gemäßheit des Abs. 2 § 483 als selbständige Berufung anzusehende Anschließung nicht statthaft sein soll, weil letztere nur eine fingirte, keine wirkliche Hauptberufung sei (an welche Anschließung möglich wäre), da sie keine Ladung wie die wirkliche Hauptberufung enthalte — halte ich nicht für richtig, weil eben § 483 Abs. 2 ausdrücklich die in der Berufungsfrist eingelegte Anschlußberufung als selbständig wirkende Berufung erklärt. Meine Ansicht theilen auch: Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. zu § 483 S. 489. Petersen Civilproz.-Ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 483 S. 339. Remelé Handbuch § 71 a. E. S. 273. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. III zu § 483 S. 502. Theilweise v. Sarwey Civilproz.ordn. I Bem. 3 zu § 483 S. 667 und Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 483 S. 551. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Aufl. 1881) II Bem. c zu § 483 S. 401. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 3 zu § 482 S. 448. — Die Ansicht von Wilmowski u. Levy a. a. O. theilen Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 482. 483 S. 316. Kleiner Civilproz.ordn. Bem. zu § 483 S. 529. Ende-

mann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 482 S. 411, welcher jedoch nur allgemein, ohne zu unterscheiden, den Anschluß an eine Anschlußberufung verwirft. — Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 6 zu §§ 482. 483 S. 551 stellt die sicherlich unrichtige, weil gesetzlich unbegründete Behauptung auf, daß die Anschließung nur dann die Kraft selbstständiger Berufung (§ 483 Abs. 2) gewinne, wenn die mündliche Verhandlung, in welcher der Anschlußantrag durch Verlesen (§ 269 C.P.O.) gestellt werde, in der Berufungsfrist liege. Dies ist, wie von Wilmowski u. Levy a. a. O. bemerken, schon deshalb unrichtig, weil es genüge, daß der vorbereitende Schriftsatz, in welchem die Anschlußberufung erklärt werde, vor Ablauf der Berufungsfrist zugestellt sei, um demselben das Privilegium des § 483 Abs. 2 zu verschaffen. Dies ist auch die Ansicht von Hellmann a. a. O. S. 400; Gaupp a. a. O. S. 498. 499. 501; Kries Rechtsmittel S. 151. 152. Dies dürfte sich auch aus den Motiven a. a. O. S. 304 ergeben.

Mit Bezug auf meine Ausführungen und insbesondere im Hinblick auf Vorstehendes dürfte auch die Ansicht von Bülow's Civilproz.-Ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 Abs. 2 zu § 483 unrichtig sein, welcher die Frage, ob eine durch Schriftsatz nicht vorbereitete, innerhalb der Berufungsfrist lediglich durch Anträge in der Sitzung erhobene Adhäsion zulässig sei, wenn die Hauptberufung als unzulässig verworfen werde, verneinen zu müssen glaubt, weil eine selbständige Berufung nur durch Zustellung eines Schriftsatzes eingelegt werden könne. Die Anschlußberufung des Abs. 2 § 483 kann auch in der mündlichen Verhandlung durch Antrag eingelegt werden, wenn sie nur innerhalb der Berufungsfrist erfolgt, d. h. wenn in diesem Falle der Termin noch in die Berufungsfrist fällt, was ja bei Meß-, Markt- und Wechselsachen möglich ist. Vgl. auch Kries a. a. O. S. 152.

C. Formalien der Einlegung der Anschlußberufung.

Hier sei noch, unter theilweiser Bezugnahme auf das Vorstehende, Folgendes hervorgehoben:

Die Reichscivilprozeßordnung hat keine bestimmte Frist für die Einlegung der Anschlußberufung angeordnet. Sie kann daher von dem Berufungsbeklagten, wenn er die Nothfrist zur Einlegung einer selbständigen Berufung unbenützt hat verstreichen lassen, bis zum Schlusse der Verhandlung des Gegners, auf welche das Endurtheil

erfolgt, eingelegt werden. Die Anschlußberufung muß ausdrücklich erklärt werden — Prot. S. 243. Diese ausdrückliche Erklärung hat zu geschehen durch Stellung eines hierauf bezüglichen Antrags in der mündlichen Verhandlung vor dem Appellationsgericht. Sie wird vorbereitet durch die Beantwortung — Vernehmlassung — der Berufung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes, wodurch die Nothfrist suspendirt wird, wenn er innerhalb der Nothfrist zugestellt wird, wodurch die Anschließung in selbständige Berufung übergeht, § 483 Abs. 2. Hat der Appellat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht seine Anträge gestellt, so kann von diesem Moment an der Appellant durch Zurücknahme seiner Berufung die Anschlußberufung nicht mehr hindern. — Vgl. hierüber das bereits oben Ausgeführte S. 88 — § 476 Abs. 1 in Verb. mit § 483 Abs. 1. Vgl. Mot. zu §§ 461, 462 (jetzt §§ 482 u. 483) S. 304.

Wird die Anschlußberufung in der Berufungsfrist durch Zustellung eines Schriftsatzes eingelegt — was nicht gerade erforderlich ist, um ihr den Charakter einer selbständigen Berufung nach Abs. 2 § 483 zu verleihen, da dies auch der Fall ist, wenn sie innerhalb der Berufungsfrist im Verhandlungstermin mündlich beantragt wird —, so hat das Gericht ihre Zulässigkeit in Gemäßheit des § 479 zu prüfen, wobei jedoch die nach Nr. 3 § 479 erforderliche Ladung und die Aufforderung zur Bestellung eines Rechtsanwalts nicht als nothwendiger Bestandtheil des Schriftsatzes in Betracht kommt, was selbstverständlich ist, da ja bereits von gegnerischer Seite geladen ist und zwar durch einen Rechtsanwalt. In Betreff des übrigen Inhalts ist der Schriftsatz als ein bestimmender anzusehen, welcher jedoch, wenn die Verhandlung noch in der Berufungsfrist statthat, durch die mündliche Erklärung der Anschlußberufung ersetzt und daher verbessert werden kann. Findet jedoch der Termin nach Ablauf der Berufungsfrist statt und ist irgend ein essentiale des Schriftsatzes nicht in Ordnung, dann ist die Anschlußberufung als selbständige Berufung zu verwerfen und ist auch nicht mehr als Anschlußberufung statthaft. Vgl. meine obigen Ausführungen S. 91. — Vgl. auch zur Materie der Anschließung, und zwar a) zu § 482: Entw. § 461; Nordd. Entw. § 781; Prot. S. 558, 559; b) zu § 483: Entw. § 462, Nordd. Entw. §§ 782, 783, Prot. S. 236, 559.

II. Abschnitt.

Das Berufungsverfahren nach eingelegter Berufung und die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht nach der Reichscivilprozeßordnung.

I. Unterabschnitt.

I. Einleitung.

§ 8.

Allgemeine Grundsätze.

Der beim Berufungsgericht zugelassene Rechtsanwalt des Berufungsklägers reicht innerhalb der einmonatlichen Nothfrist, die von der Urtheilszustellung an läuft, die Berufungsschrift wie die Klageschrift im Erstinstanzverfahren vor dem Landgerichte bei dem Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts ein behufs der Festsetzung des Termins zur mündlichen Verhandlung der Berufung vor dem Berufungsgericht. Der Gerichtsschreiber hat innerhalb vierundzwanzig Stunden nach erfolgter Einreichung der Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung von dem Gerichtsschreiber des Gerichts I. Instanz die Prozeßakten einzufordern. Vgl. § 506 Abs. 1.

Ueber die Beschaffenheit der Berufungsschrift, deren wesentliche und außerwesentliche Requisite sowie über die Einlegung der Berufung überhaupt vgl. § 5 S. 53 ff. und die daselbst aufgeführten Gesetzesstellen. Nach Festsetzung des Termins durch den Vorsitzenden wird die Berufungsschrift, deren Urschrift dem berufungsklägerischen Anwalt mit der Terminsbestimmung zurückgegeben wird (die eingereichte Abschrift bleibt bei den Gerichtsakten), sodann im Auftrag des letzteren dem Berufungsbeklagten, bezw. dem Prozeßbevollmächtigten desselben zugestellt. Vgl. §§ 152. 156. 164. 176. 177. 181.

Wie im Verfahren vor den Landgerichten in I. Instanz „muß“ (nicht „soll“) dem Berufungsbeklagten zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Verhandlungstermin ein Zeitraum von mindestens einem Monat (Abkürzung auf Antrag zulässig, § 204) gegeben sein (Einlassungsfrist), vgl. §§ 481, 234. In Meß- und Marktsachen beträgt diese Einlassungsfrist mindestens vier und zwanzig Stunden. Wegen Wechselsachen vgl. § 567 und meine Ausführungen zu § 5 S. 67. — Innerhalb der ersten zwei Drittheile dieser Zeit

soll sich der Berufungsbeklagte d. h. dessen Anwalt, durch Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes, der die Beantwortung der Berufung enthält, vernehmen lassen, §§ 484. 244. 204. Dieser Schriftsatz, auf den außerdem die allgemeinen Bestimmungen des § 121 bezüglich des Inhalts der vorbereitenden Schriftsätze überhaupt Anwendung finden, soll insbesondere die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte in appellatorio geltend zu machen beabsichtigt, auch kann er mit der Berufungsbeantwortung die Anschließung verbinden. Vgl. §§ 244. 245, 121, 482, 483 Abs. 2, 490 ff. sowie § 7 dieses Buchs, in welchem die Anschließung eingehend behandelt ist. Der Berufungskläger kann sich hierauf durch eine Replikschrift vernehmen lassen u. s. w., und gelten bezüglich dieses vorbereitenden Schriftenwechsels die bei dem Verfahren vor dem Landgericht geltenden Vorschriften. Vgl. §§ 120 ff., 244, 245, 484, 485. Wie bereits früher ausgeführt — § 5 dieses Buch — hat die Nichtbeobachtung dieser nur instruktionellen und nicht imperativischen Vorschriften, da der Schriftenwechsel für beide Theile lediglich fakultativ ist, keine Rechtsnachtheile in der Sache selbst zur Folge, wohl aber kann sie dem einen oder anderen Theile Kostennachtheile erzeugen, wenn Terminsverlegungen nothwendig werden. §§ 90. 120. Auch kann, wenn ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatz eingebracht, bezw. der Gegenpartei zugestellt worden ist, der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils zurückgewiesen werden. § 300 Ziff. 3. Da die Vernehmlassung des Berufungsbeklagten ihrer Natur nach nur ein vorbereitender Schriftsatz ist, so kann der Berufungsbeklagte, wenn er in demselben von seinem Anschließungsrecht keinen Gebrauch macht, stets noch später dem Berufungskläger gegenüber seine Anschließungsgründe geltend machen. Erwähnt sei hier noch, daß von sämmtlichen gewechselten vorbereitenden Schriftsätzen jeweils Abschriften dem Berufungsgericht vorzulegen sind. §§ 480. 124. Ueber die Vollmachten, die Unterschrift des Anwalts u. dgl. siehe § 5 dieses Buchs.

Auf das weitere Verfahren vor dem Berufungsgericht finden im Allgemeinen die in I. Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen durch das Gesetz selbst gegeben sind. § 485. Die Vorschriften des landgerichtlichen Verfahrens I. Instanz, die auch für

das Verfahren, die Verhandlung vor dem Berufungsgerichte Anwendung finden, sind die allgemeinen Bestimmungen des I. Buchs und die Bestimmungen des II. Buchs der Civilprozeßordnung, die das Verfahren vor den Landgerichten insbesondere enthalten (§§ 230—455); namentlich auch die §§ 246 ff., die Bestimmungen, die sich auf das Beweisverfahren beziehen; aus dem allgemeinen Theil unter anderem die §§ 136 ff., das Trennungs- und Verbindungsrecht des Gerichts betreffend, die §§ 273 ff., die Bestimmungen über das Recht des Gerichts, Theilurtheile und Zwischenurtheile zu erlassen u. s. w. Auch das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungssachen und ähnlichen Prozessen — §§ 313—319 — ist in der Instanz der Berufung möglich und zulässig (hingegen nicht in der Revisionsinstanz). Vgl. Prot. S. 238; Kommissionsbericht vom 19. Oktober 1878 S. 7, Prot. der 168. Sitzung S. 7. Desgleichen können auch in der Berufungsinstanz das V. und VI. Buch der Civilprozeßordnung — die §§ 555—592 (Urkundenprozeß und Ehesachen) in Betracht und daher auch zur Anwenduug kommen. Da es nicht der Zweck dieser Darstellung sein kann, die im Allgemeinen auch im Berufungsverfahren geltenden Vorschriften des Verfahrens I. Instanz vor dem Landgericht abzuhandeln, auf welche ich hier ausdrücklich verweise, so befasse ich mich nach dieser allgemeinen Einleitung im Folgenden mit den Abweichungen, welche für das Berufungsverfahren und die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht durch das Gesetz, die Reichscivilprozeßordnung selbst gegeben sind. Unter den Abweichungen vom landgerichtlichen Verfahren, welche § 485 im Auge hat, sind die in den §§ 486 bis inclusive 506 enthaltenen Bestimmungen zu verstehen, welche die besonderen Vorschriften des Berufungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zum Gegenstand haben, die von den allgemeinen Vorschriften des landgerichtlichen Verfahrens abweichen, und bei welchen der Grund dieser Abweichungen und Besonderheiten in der Natur des Rechtsmittels der Berufung als solchen zu suchen und auch aus der Natur desselben, beziehungsweise aus der Natur der Sache zu erklären ist. Bei der folgenden Darstellung will ich mich in erster Reihe mit den §§ 485 bis incl. 503 und den §§ 505 und 506 befassen, welche die besonderen vom landgerichtlichen Verfahren abweichenden Bestimmungen des Berufungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung vor

dem Berufungsgericht betreffen, und sodann mit dem § 504, welcher insbesondere die Gestaltung des Versäumnißverfahrens in der Berufungsinstanz in seinen sich aus der Natur der Berufung ergebenden Besonderheiten zum Gegenstande hat. Hierbei ist es erforderlich, um Klarheit in die Behandlung der ziemlich umfangreichen und theilweise recht schwierigen Gesetzesmaterie zu bringen, in die Einzelheiten derselben einzugehen, ja dieselbe, wo sie sich nicht unter allgemeinen Gesichtspunkten beleuchten läßt, theilweise im engen Anschluß an die Paragraphen des Gesetzbuchs und unter besonderer Hervorhebung der schwierigsten, in's Spezielle gehenden Paragraphen zu interpretiren und die einzelnen Paragraphen zum speziellen Gegenstand der Darstellung zu machen.

II. Unterabschnitt.

II. Die Besonderheiten des Berufungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht und die Abweichung von dem landgerichtlichen Verfahren erster Instanz.

A) Erläuterug der §§ 485 bis incl. 503 und der §§ 505 und 506, welche sich mit den Besonderheiten des Berufungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht und den Abweichungen von dem landgerichtlichen Verfahren erster Instanz befassen mit Ausnahme der Bestimmungen über das Versäumnißverfahren (§ 504).

B) Die Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung über das Versäumnißverfahreen in der zweiten Instanz und dessen Gestaltung im Berufungsverfahren — § 504. —.

A.

Erläuterung der §§ 485 bis incl. 503 und der §§ 505 und 506, welche sich mit den Besonderheiten des Berufungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht und den Abweichungen von dem landgerichtlichen Verfahren erster Instanz befassen mit Ausnahme der Bestimmungen über das Versäumnißverfahren (§ 504).

§ 9.

1) § 485. **Vertagung der mündlichen Verhandlung in Gemäßheit des § 486.**

Was die Vorschrift des § 485 betrifft, so verweise ich hier auf

das, was ich im I. Unterabschnitt des II. Abschnitts in der Einleitung unter § 8 „Allgemeine Grundsätze" über § 485 bemerkt habe. § 485 leitet nur die Vorschriften über das Berufungsverfahren ein, indem er besagt, daß im Allgemeinen die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften auch im Verfahren vor den Berufungsgerichten Anwendung finden, soweit nicht Abweichungen eintreten, aus den Bestimmungen des III. Buchs I. Abschnitts (Berufung) der Civilprozeßordnung sich ergeben, welch' letztere nunmehr Gegenstand meiner Darstellung sind. Hier ist demgemäß in erster Reihe der § 486 ins Auge zu fassen. § 486 lautet: „Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablauf der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urtheil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen." —

Was den Fall der Vertagung der mündlichen Verhandlung anbelangt, welche auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablauf der Berufungsfrist dann einzutreten hat, wenn an dem für die Verhandlung bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, so soll dem Berufungsbeklagten durch diese Gesetzesbestimmung das Recht gewährt werden, genügende Zeit zu haben, um sich zur Beantwortung der Berufung vorzubereiten, beziehungsweise sich an die eingelegte Berufung anzuschließen. Diesem Antrag muß das Berufungsgericht entsprechen, mit der alleinigen Ausnahme des § 656, wonach die Bestimmung des § 486 in dem Falle keine Anwendung findet, wenn bei dem Berufungsgericht über die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils vorab auf Antrag verhandelt wird — §§ 656, 689 — d. h. hierüber wird verhandelt, im Weiteren tritt jedoch die Vertagung ein. Vgl. Remelé Civilproz. § 88 S. 369, 370. Dieses Vertagungsrecht des Berufungsbeklagten wird wohl selten praktisch werden, da der Gerichtsvorsitzende, um Vertagungen und Verschleppungen der Sache zu vermeiden, die Termine nicht allzu kurz anberaumen wird. Dieses Recht des Berufungsbeklagten wird hauptsächlich bei Abkürzung der Einlassungsfrist (§ 204) — insbesondere, wenn es sich um Markt-, Meß- und Wechselsachen handelt — §§ 194, 204 — wirksam werden. Auch dann kann es noch praktisch werden, wenn, was ja möglich ist, im Falle der Streitgenossenschaft eine Verschiedenheit der Berufungsfrist eintritt, indem hier der eine oder an-

dere Streitgenosse im Falle sein kann, Antrag auf Vertagung zu stellen. Vgl. auch § 4 dieses Buchs. Im Entwurf hieß es in § 465, jetzt § 486: „Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist „für den Berufungsbeklagten" noch nicht verstrichen ist, auf dessen Antrag u. s. w. wie in § 486. ... Dem § 486 wurde jedoch durch die Reichstagskommission — Prot. S. 238—559 — seine jetzige Fassung verliehen, indem die Worte des § 465 „für den Berufungsbeklagten" gestrichen wurden, „da ja doch die Frist für beide Parteien an demselben Tage ablaufe." v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 486 S. 576 bemerken hierzu treffend, daß dies allerdings im Allgemeinen der Fall sei, daß jedoch hierbei übersehen sei, daß bei der formellen Streitgenossenschaft — s. auch oben — und bei der von Amts wegen erfolgenden Zustellung von Urtheilen auf Trennung, Ungiltigkeit und Nichtigkeit der Ehe (§ 582) — hierher gehört auch nach französischem und badischem Recht die von Amts wegen erfolgende Zustellung der Urtheile auf Vermögensabsonderung — allerdings die Berufungsfristen für jede Partei besonders vom Tage der Zustellung laufen müßten, daher auch an verschiedenen Tagen ablaufen könnten, aus welchem Grunde für die zuletzt gedachten Urtheile hinter Berufungsfrist die ursprünglichen Worte „für den Berufungsbeklagten" zu suppliren seien. Der § 486 bestimmt weiter, daß, wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urtheil den Einspruch erhoben hat, die mündliche Verhandlung über die Berufung von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen ist. Hier hat das Gesetz den Fall im Auge, wenn Einspruch und Berufung zusammentreffen, d. h. der Art, daß von dem einen Theil der Einspruch, von dem andern Theil die Berufung eingelegt wird. Dieser Fall ist dann denkbar und kann dann eintreten, wenn das Erstinstanzgericht dem Antrage des Klägers gegen den in contumacia versirenden Beklagten nicht vollständig entsprochen, sondern den Kläger nach § 296 Abs. 2 mit seiner Klage zum Theil abgewiesen und nur bezüglich eines Theils Kontumazialurtheil gegen den Beklagten erlassen hat. Hier kann der Kläger appelliren und der Beklagte den Einspruch einlegen; der Beklagte kann jedoch nur den Einspruch einlegen gegen den ihn kondemnirenden Theil des Urtheils — d. h. das eigentliche Versäumnißurtheil — und nicht, wie Wach Vorträge S. 203. 204 und Gaupp

Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 474 S. 484 u. Bem. II 2 zu § 486 S. 504 irrig annehmen, auch gegen den ihn absolvirenden Theil des Urtheils (vergl. hierüber meine Ausführungen § 3 dieses Buchs S. 22) —. Geschieht Beides, erfolgt Berufung und von Seiten des Berufungsbeklagten Einspruch, so hat das Berufungsgericht von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen. Es ist im Hinblick auf die irrige Auffassung von Wach a. a. O. u. Gaupp a. a. O. daher ferner gleichfalls irrig, wenn Wach a. a. O. S. 146 ausführt, die Berufung werde überflüssig, wenn gegen das ganze Urtheil (in seinem den Beklagten absolvirenden und kondemnirenden Theil) vom Beklagten der Einspruch eingelegt und so das ganze Urtheil beseitigt werde. Wach a. a. O. S. 146 stützt sich hier offenbar auf die Motive S. 305, welche besagen: „Hierdurch (d. h. durch die Vertagung der Verhandlung über die Berufung bis zur Erledigung des Einspruchs) wird eine gleichzeitige Verhandlung über dieselben Streitpunkte in zwei Instanzen vermieden und es wird angemessener Weise die Verhandlung über die Berufung völlig abgeschnitten, wenn das angefochtene Urtheil bereits durch Einspruch in Wegfall kommt."

Die Motive haben offenbar hiermit nur den Zweck der von Amtswegen einzutretenden Vertagung im Falle des § 486 angeben wollen. Durch die Durchführung des Einspruchs kann allerdings das angefochtene Urtheil in Wegfall kommen, wodurch die Verhandlung über die Berufung, die bis zur Erledigung des Einspruchs vertagt wird, abgeschnitten wird. Ueber die Kosten der ergriffenen Berufung wird jedoch das Berufungsgericht in diesem Falle gleichwohl entscheiden müssen. Vgl. Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 486 Note 4 S. 533. Vgl. ferner v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 486 S. 577.

Auch hinsichtlich der Vertagung von Amtswegen in Gemäßheit des § 486 tritt bei den §§ 656. 689 eine Ausnahme wie bei der Vertagung des § 486 auf Antrag des Berufungsbeklagten insofern ein, als über die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils vorab auf Antrag verhandelt wird, worauf erst im Weitern die Vertagung der Verhandlung über die Berufung von Amtswegen eintritt. — Ein weiterer Fall einer auf Antrag nöthig werdenden Vertagung sei hier noch erwähnt, welchen das Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben hat, der sich jedoch aus der Natur der Sache ergibt. Dieser

Fall tritt dann ein, wenn Anträge beim Erstinstanzgericht auf Berichtigung des Thatbestands des Urtheils gestellt worden sind, welche an dem Tage, an welchem Termin zur Verhandlung über die Berufung statthat, noch nicht erledigt sind, was um so eher möglich sein kann, weil die Nothfrist durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen wird, während die Frist für den Antrag auf Berichtigung des Thatbestands durch die Gerichtsferien unterbrochen werden kann — hier wird das Berufungsgericht auf Antrag des Betheiligten, der glaubhaft macht, daß er zur rechten Zeit die Berichtigung des Thatbestandes beantragt habe, die Verhandlung vertagen müssen; denn es kann doch keine Entscheidung über die Berufung gegeben werden, ehe der Thatbestand berichtigt ist. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Vorträge (1879) S. 113.

§ 10.

2) Ueber den Hauptgrundsatz der Berufung: „Vor dem Berufungsgericht wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt.“ § 487.

Diese Bestimmung enthält § 487, mit welchem in Vergleichung zu ziehen sind die §§ 480 Abs. 2. 484 Abs. 2. 498. Durch den § 487, dessen Wortlaut ich in der Ueberschrift dieses Paragraphen gegeben habe, ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die Berufung den prozessualischen Charakter eines novum judicium hat, d. h. daß die Parteien nicht lediglich auf die Kritik des unterrichterlichen Urtheils beschränkt sind, daß vielmehr eine Erneuerung und Wiederholung desselben Rechtsstreits vor einem höheren Richter, dem Berufungsrichter, statthat, daß jedoch diese Erneuerung und Wiederholung nur in den durch die Anträge der Parteien, welche in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte in Gemäßheit des § 269 von den Parteivertretern verlesen werden und daher schriftlich abgefaßt sein müssen, bestimmten Grenzen geschieht. Daß die Parteien Anspruch auf eine neue, nochmalige Verhandlung — dies ist der Begriff von novum judicium — des Rechtsstreits haben, ist aus § 491 besonders ersichtlich, wonach die Parteien in der Berufungsinstanz nova, und zwar in weitgehender Weise geltend machen können. Vgl. auch meine Ausführungen in § 2 dieses Buchs. Die Mot. zu §§ 466—472 (jetzt §§ 487—493) S. 305 besagen wörtlich:

„Der Rechtsstreit wird von dem Berufungsgericht in den durch

die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt. Die Klage und die bei der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge geben die Grenzen für die Verhandlung des Rechtsstreits" — und: „Der Klageantrag, über welchen das Urtheil ergangen ist, bildet, da es sich um Anfechtung dieses Urtheils handelt, unter allen Umständen die äußerste Grenze der zulässigen Anträge."

Aus dem Wortlaut des § 487 folgt daher auch, daß weder in pejus reformirt (ausgenommen bei der Anschlußberufung), noch daß ultra petita partium geurtheilt werden kann.

In den §§ 489 bis incl. 495 sind dann eingehende Bestimmungen vom Gesetzgeber aufgestellt worden über die Bedeutung und den Einfluß des von den Parteien beim Untergericht Vorgebrachten für das Verfahren in appellatorio, vornämlich darüber, in welchem Maße und wieweit die Resultate des beim Unterrichter Vorgetragenen von Bedeutung für die II. Instanz sind. Das angefochtene Urtheil des Unterrichters bleibt selbstverständlich stets die Basis der Verhandlungen vor dem Berufungsgericht, was die Motive a. a. O. S. 305 treffend so ausdrücken:

> „Die Natur des auf Anfechtung eines Urtheils gerichteten Rechtsmittels bringt es mit sich, daß das angefochtene Urtheil die Grundlage der Verhandlung bildet. Der Rechtsstreit soll nicht derart von neuem verhandelt werden, als wäre das Urtheil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden."

Ich kann darin mit Wach Vorträge S. 183 ff. und Kries Rechtsmittel § 6 S. 155 nicht übereinstimmen, welche a. a. O. ausführen, daß man die Berufung übertrieben und irreführend ein novum judicium nenne, daß sie vielmehr nur eine Fortsetzung der Verhandlung erster Instanz sei. Das ist ja richtig, daß die Berufung keine neue Klage ist; dies liegt aber auch nicht in dem Begriff und der grammatischen Bedeutung des novum judicium, welches, wie die Motive in der soeben angezogenen Stelle richtig besagen, nichts anderes ist als neue, wiederholte Verhandlung auf Grundlage des Erstinstanzurtheils, der in demselben enthaltenen Feststellung des Sachverhältnisses und der Beweisverhandlungen. § 488. — Vgl. auch § 11 dieses Buchs.

Aus dem Charakter der Berufung als novum judicium auf Grundlage des angefochtenen Urtheils ergeben sich die Bestimmungen der §§ 489 bis incl. 495, insbesondere soweit sie sich beziehen auf die Unstatthaftigkeit der Klageänderung — § 489 —, auf die prozeßhindernden Einreden — § 490 —, auf die nova — § 491 —, auf die Unzulässigkeit der Rüge formeller in I. Instanz nicht gerügten Mängel des Verfahrens vor dem Berufungsgericht — § 492 — u. s. w.

In der Berufungsinstanz wird das Urtheil angefochten, welches in der I. Instanz auf den Klageantrag und den gegnerischen Antrag auf die Klage gefällt worden ist. Somit ist in diesen Anträgen die äußerste, unüberschreitbare Grenze und unverrückbare Schranke der statthaften Anträge gegeben. Vgl. Mot. a. a. O. S. 305. Nur die vor dem Berufungsrichter gestellten Anträge, und nur diese, geben demselben die Basis der endlichen Entscheidung, sie allein sind für ihn maßgebend. Auf Grund der vom Untergericht eingeforderten Akten — § 506 Abs. 1 — darf das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht fällen. Das Urtheil ist stetshin nur zu erlassen auf Grund der vor dem Berufungsgericht gepflogenen mündlichen Verhandlung. § 119. Um jedoch das Fragerecht in erschöpfender Weise auszuüben — § 130 —, kann und soll das Gericht immerhin die untergerichtlichen Akten benützen und auf Grundlage derselben vollständige Erörterung des Sachverhältnisses veranlassen. Vgl. Mot. a. a. O. S. 305. Uebel Civilproz.ordn. II Anm. zu §§ 487—489 S. 14 ff. v. Canstein Die ration. Grundl. d. Civilproz. u. deren Durchf. in den neust. Civilproz.-Ges.-Entw. Oesterreichs u. Deutschl. I Abth. 4 d. Rechtsmittelsyst. S. 105 ff. 125 ff. Remelé Civilproz. S. 72. 274. Bähr d. Rechtmittel II. Instanz S. 34 ff.

Treffend bemerken auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 487 S. 577, daß der Umfang, in welchem das I. Urtheil in judicium deduzirt wird, vermöge des Rechts des Berufungsklägers, seine Anträge zu erweitern, und der Befugniß des Berufungsbeklagten, seine Berufungsanschließung vorzunehmen, erst am Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung festgestellt werden könne, auf welche das Urtheil ergeht, weshalb auch vorher kein Theil des Urtheils in Rechtskraft übergehen könne. Vgl. auch zu § 487 Entw. § 465. Nordd. Entw. §§ 786. 812. Prot. S. 238. 559.

§ 11.

3) Von der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht als solcher. § 488.

Im engen Anschluß an § 487 bestimmt § 488 wörtlich Folgendes:

„Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil sowie die dem Urtheil vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen."

In § 488 ist die Verpflichtung der Parteien ausgesprochen, ihre Sache in freier, mündlicher Rede und in vollständiger Weise vorzutragen. Hierdurch werden auch in das Bereich der juristischen Erörterungen die Zwischenentscheidungen gezogen, welche dem Endurtheil vorausgegangen sind und der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen, soferne dieselben nicht nach den Vorschriften der Prozeßordnung überhaupt unanfechtbar oder nicht mit der Beschwerde anfechtbar sind. § 473. Vgl. auch § 3 dieses Buches S. 35.

Die Verhandlung vor dem Berufungsgerichte findet im Allgemeinen Statt nach den Vorschriften, welche für das landgerichtliche Verfahren in I. Instanz gegeben sind — §§ 119—151. §§ 230—455. § 485. Vgl. auch meine Ausführungen in § 8 dieses Buchs. Die mündliche Verhandlung wird natürlich von dem Vorsitzenden des Gerichts geleitet und kontrolirt, weßhalb von dem Fragerecht, wenn nöthig, ausgiebiger Gebrauch zu machen ist, wozu dem Gericht, das die Akten des Erstinstanzgerichts in Händen hat, reichliche Gelegenheit geboten ist. Vgl. § 488 Abs. 2 in Verb. mit §§ 130 u. 506. Unter den Berufungsanträgen, von welchen § 488 spricht, sind zu verstehen die Anträge des Appellanten — § 480 — des Appellaten und Anschließungsklägers. Vgl. §§ 484 Abs. 1. 491. 240 Abs. 2 u. 3. Diese Anträge sollen in vorbereitenden Schriftsätzen niedergelegt werden, aus welchen sie zu *verlesen* sind. Ist dies *nicht* geschehen, *so müssen sie vor dem Berufungsgericht im Verhandlungs-*

termin durch einen dem Protokolle beizufügenden Schriftsatz festgestellt und aus diesem verlesen werden. Vgl. §§ 209. 485. Ist weder das eine noch das andere geschehen, so hat dies in Gemäßheit des § 269 Abs. 4 die Nichtberücksichtigung dieser Anträge zur Folge; denn das, was nicht mündlich vorgetragen, worauf nicht Bezug genommen werde, wisse der zweite Richter nicht — bemerkte der Vertreter des Reichskanzleramtes von Amsberg bei der Berathung der Justizkommission. Prot. S. 239. Man muß es daher für die Berufungsinstanz als Grundsatz, so gut wie für die I. Instanz, erklären: „Nur dasjenige kommt in Betracht und findet Berücksichtigung, was in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wird." § 119. Im Anschlusse hieran hebe ich hervor, daß die von Wach Vorträge S. 184 und von v. Wilmowski und Levy Civilproz.-ordn. (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 489 S. 577 gewissermaßen als ein Grundsatz unserer Prozeßordnung aufgestellte Ansicht, der gesammte in den Erstinstanzakten ruhende Prozeßstoff müsse dem Berufungsrichter als offenkundig gelten, auch wenn er nicht im Verhandlungstermine vorgetragen werde, was sich hauptsächlich aus §§ 504 Abs. 2. 488 Abs. 2. 494 und 495. 492 und 493 ergebe; der Vortrag der Parteien, soweit er sich auf den bisherigen Prozeßstoff beziehe, diene demnach nur Informationszwecken, da das Gericht das ihm Offenkundige nicht unbeachtet lassen dürfe — nicht richtig ist. In dieser Beziehung stelle ich mich vollständig auf den Standpunkt des Urtheils des Reichsgerichts vom 25. Januar 1881 III C.S. Bd. 4 Nr. 102 S. 368 und ff. (in Verbd. mit Urth. d. Reichsger. v. 30. April 1881 I C.S. Bd. 4 Nr. 120 S. 418 ff.), dessen treffliche Ausführungen, da ich nichts Ueberzeugenderes und Zutreffenderes vorzubringen vermag, ich in jeder Hinsicht adoptire. Das besagte Urtheil d. Reichsger. v. 25. Januar 1881 führt, unter Verwerfung der Ansicht Wach's a. a. O. und v. Wilmowski u. Levy's a. a. O. aus, der für alle Instanzen geltende Prinzipalgrundsatz der Mündlichkeit (C.P.O. §§ 485. 487. 488. 246. 119) bestehe darin, daß der Rechtsstreit unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern verhandelt werde, daß vom erkennenden Gericht nur das mündlich Vorgetragene zu berücksichtigen sei, woraus folge, daß das von den Parteien in I. Instanz Vorgetragene nur dann in II. Instanz Berück-

sichtigung finden könne, wenn es in II. Instanz wieder vorgetragen werde, weshalb die schriftliche Festsetzung des erstinstanzlichen Parteivorbringens die mündliche Verhandlung in appellatorio nicht ersetzen könne, zumal auch das Gesetz keine besonderen Vorschriften für das Verfahren in appellatorio enthalte, welche in dieser Beziehung abweichende Normen von dem Erstinstanzverfahren aufstellten. Wenn auch in Folge des Charakters der Berufung als einer Fortsetzung und Erneuerung des in I. Instanz verhandelten Rechtsstreits vor dem Berufungsrichter das Urtheil I. Instanz und die in demselben enthaltenen Feststellungen der Prüfung des Appellationsrichters unterlägen —, so folge hieraus doch nicht, daß der gesammte Prozeßstoff von Amtswegen von dem Appellationsrichter zu berücksichtigen sei oder berücksichtigt werden dürfe, auch wenn solcher nicht mündlich vorgetragen sei; § 487 schreibe vor, daß der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt werde und § 488 treffe Vorsorge, daß das in I. Instanz festgestellte, soweit es wesentlich, dem Berufungsgericht vorgetragen werde, und daß der Vorsitzende durch entsprechende Ausübung des Fragerechts hierauf Bedacht nehme (§§ 127. 130); in § 499 sei die Geltung des Mündlichkeitsprinzips zum prägnanten Ausdrucke gebracht, indem nach diesem Paragraphen die in I. Instanz verhandelten, aber nicht entschiedenen Streitpunkte, über welche in II. Instanz eine Entscheidung erforderlich werde, vor dem Berufungsgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung zu machen seien; auch in § 504 Abs. 2 erscheine das Mündlichkeitsprinzip vollständig gewahrt, denn wenn es hier heiße, daß auf Antrag des Berufungsklägers gegen den ausgebliebenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil dahin ergehe, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegenstehe, für zugestanden anzunehmen sei, so sei hieraus nicht der Schluß zu ziehen, daß das festgestellte Sachverhältniß dem Berufungsgericht an sich für bekannt gelte, dasselbe sei vielmehr auch, wie aus § 488 folge, vom Berufungskläger mündlich vorzutragen, und sei im gegebenen Falle von dem Vorsitzenden Gebrauch vom Fragerecht zu machen; es sei überhaupt Alles, was bei der Entscheidung zu berücksichtigen sie, vorzutragen; eine unmittelbare Berücksichtigung des Aktenstoffs durch das Gericht ohne hierauf bezüglichen Parteivortrag kenne die Prozeßordnung nicht; das Gericht könne jedoch zur ersprießlichen

Ausübung des Fragerechts auf die Akten Bezug nehmen. Das angeführte reichsgerichtliche Urtheil vom 25. Januar 1881 bemerkt schließlich, daß, wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, für das Berufungsverfahren so erhebliche Abweichung von dem dem Verfahren der Prozeßordnung im Allgemeinen zu Grunde liegenden Mündlichkeitsprinzipe zu machen, er dies durch bestimmte Vorschriften hätte thun müssen, wozu er ja besonders dadurch Veranlassung gehabt habe, daß auch s. Zt. in Hannover nach Einführung der Prozeßordnung von 1850 die in dieser Beziehung angeregte Streitfrage in dem durch das reichsgerichtliche Urtheil vertretenen Sinne zum Austrag gebracht worden sei. Vgl. Leonhardt Berufung S. 71 ff. — Vgl. übereinstimmend hiermit Bünger in Busch's Zeitschrift IV (1881) S. 352 ff. — ferner: Vierhaus „Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts" in Busch's Zeitschrift V (1882) S. 57, insbes. S. 100 u. ff. Erythropel in Busch's Zeitschr. III (1881). v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 488 S. 375. (Einreden, welche in I. Instanz Inhalts des Thatbestands des erstinstanzlichen Urtheils vorgebracht, aber nicht gewürdigt sind, weil die Klage aus anderen Gründen abgewiesen ist, müssen in appellatorio von neuem vorgebracht werden, um Berücksichtigung zu finden; Geständnisse, wenngleich sie für das Berufungsgericht fortwirken, thun dies doch nur dann, wenn sie dem Zweitinstanzrichter vorgetragen werden; auch die dem Endurtheil der I. Instanz vorausgegangenen Entscheidungen müssen vorgetragen werden.) Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I zu § 488 S. 505. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 488 S. 342 ff.

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung insbesondere auch die Zulässigkeit und rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels, die Zulässigkeit der Anschließung und dgl. nachzuweisen, indem sie die Zustellungsbeurkundungen produziren, da das Gericht in Gemäßheit des § 497 von Amts wegen hierüber zu wachen hat, also auch ohne besonderen Parteiantrag die diesbezüglichen nothwendigen Aufschlüsse begehren muß. Wie schon oben angegeben, ist eine bloße Bezugnahme des plaidirenden Rechtsanwalts auf die Schriftsätze und Akten des Untergerichts an Stelle des mündlichen Vortrags nicht statthaft, da dies dem Prinzip der Mündlichkeit, das freilich nicht auf die Spitze zu treiben ist, widerstreiten würde. Der Vorsitzende hat daher, wie oben ausgeführt, besonders wenn die Vorträge nicht

im Einklange mit dem Akteninhalte und den thatsächlichen Feststellungen des Untergerichts, dem Thatbestande, stehen, ausgiebigen, erschöpfenden Gebrauch von dem Fragerecht zu machen, und kann zu diesem Zwecke, um dem zu schöpfenden Urtheile des Gerichtshofs eine sichere Basis zu geben, die Wiederaufnahme der bereits geschlossenen mündlichen Verhandlung eintreten lassen. Abs. 2 § 488. Aus Abs. 1 § 488 ergibt sich auch, daß die Beweisverhandlungen der I. Instanz auch für das Berufungsgericht maßgebend sind, vorausgesetzt immer, daß sie in ihren wesentlichen Bestandtheilen vorgetragen werden. Hierdurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß eine Wiederholung des Zeugenverhörs vor dem Berufungsgericht stattfinden kann, sowie auch eine nochmalige Abhör der Sachverständigen. §§ 363 Abs. 1 u. 377 Abs. 1 deuten darauf hin, daß das Gericht — hier als das Berufungsgericht — nach freiem Ermessen die wiederholte Abhör der Zeugen und Sachverständigen beschließen kann.

Im Uebrigen haben die Parteien in Gemäßheit der §§ 119 u. 258 über das Ergebniß der Beweisaufnahme mündlich zu verhandeln. Was den zugeschobenen Eid anbelangt, so ist § 495 maßgebend, wovon weiter unten in § 14 ds. Buchs die Rede sein wird. Vgl. auch zu § 488 Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. 2 zu §§ 487. 488; Uebel Civilproz.ordn. II Anm. zu §§ 487—489 S. 14 ff.; Seuffert Civilproz.ordn. S. 553 u. 554; Fitting Civilproz. (5. Aufl.) § 71 S. 272. 273; Mot. zu § 472 (jetzt § 493) S. 307; Prot. S. 238. 239. 559; Entw. § 467; Nordd. Entw. § 788; Mot. S. 204. 205. Vgl. auch meine Ausführungen zu § 16. d d. B.

§ 12.

4) Details, welche sich auf die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte beziehen und in den §§ 489 bis incl. 495 enthalten sind, und zwar:

a. **Absolute Unzulässigkeit der Klageänderung — § 489 —.**

b. **Prozeßhindernde Einreden — § 490 —.**

a.

Absolute Unzulässigkeit der Klageänderung im Berufungsverfahren — § 489 —.

Der § 489 besagt wörtlich:

„Eine Aenderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft." —

Zur näheren Erläuterung und Beleuchtung dieses Paragraphen ist

zu bemerken: Auch für das Verfahren vor dem Berufungsgerichte gelten im Allgemeinen die Vorschriften des landgerichtlichen, bezw. des erstinstanzlichen Verfahrens über Klageänderung, so wie sie in den §§ 235 Abs. 2 Ziff. 3, 240 bis incl. 242 enthalten sind.

In § 235 ist für das Erstinstanzverfahren bestimmt, daß die Rechtshängigkeit, welche durch die Erhebung der Klage eintritt, unter anderm — § 235 Abs. 2 Ziff. 3 — die Wirkung hat, daß der Kläger nicht berechtigt ist, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern. (Nach § 241 wird angenommen, daß der Beklagte in die Klageänderung eingewilligt hat, wenn er, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.) In dem Berufungsverfahren hingegen ist in Gemäßheit des § 489 eine Klageänderung überhaupt nicht, auch nicht einmal mit Einwilligung (sei diese ausdrücklich oder stillschweigend in Gemäßheit des § 241 erfolgt) des Gegners statthaft. Die Bestimmung der absoluten Unzulässigkeit der Klageänderung ist nach den Motiven deshalb gegeben, weil sonst gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens ein Prozeß in II. Instanz verhandelt würde, welcher in I. Instanz gar nicht verhandelt worden ist. Vgl. Mot. zu §§ 466—472 (jetzt §§ 487—493) S. 305.

Diese Bestimmung resultirt auch selbstverständlich aus dem Begriff der Berufung als eines novum judicium, einer Erneuerung und Wiederholung desselben Rechtsstreits vor einem höheren Richter, bei welcher der Klageantrag unter allen Umständen die äußerste Grenze der zulässigeu Anträge bildet. Vgl. meine Ausführungen in § 10 ds. Buchs.

Was für die Klage gilt, ist auch für die Widerklage maßgebend; auch die Aenderung dieser ist in appellatorio absolut unzulässig. Bei dem Verfahren in Ehesachen erleidet jedoch der Grundsatz der absoluten Unzulässigkeit der Klageänderung in der Berufungsinstanz eine Ausnahme, obwohl dies controvers ist. § 574 Abs. 1 (welcher sich auf das Verfahren in Ehesachen bezieht) besagt nämlich wörtlich: „Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden." — Es untersteht keinem Zweifel, daß diese Bestimmung eine Ausnahme von § 235 Abs. 2 Ziff. 3 u. § 240 ist, was die I. Instanz anbelangt. Vgl. Mot. zu §§ 551—553

(jetzt §§ 574—576) S. 364. 365. Diese in § 574 Abs. 1 statuirte Abweichung von § 235 Abs. 2 Ziff. 3 u. 240 geschah deshalb, um die Vervielfältigung der Eheprozesse zu vermeiden. Vgl. hierüber Nordd. Prot. S. 2200. Diese Erwägung greift so gut in der Berufungsinstanz als in der I. Instanz Platz. Auch kommt ja in der ganzen Struktur des Verfahrens in Ehesachen (ähnlich wie in dem in Entmündigungssachen) hauptsächlich die Erforschung der materiellen Wahrheit in Betracht in Verbindung mit obigem ethischen Grunde, im Gegensatz zu den Prozeßsachen, bei welchen es sich lediglich um „Mein und Dein" handelt. Der § 574 in seiner allgemeinen Fassung spricht für unsere Auffassung, sowie der Umstand, daß alle Bestimmungen, die sich auf das Verfahren in Ehesachen beziehen, für die II. Instanz wie für die I. Instanz gelten, es sei denn, daß das Gesetz selbst Ausnahmen statuirt (wie z. B. in § 583). Endlich spricht für unsere Auffassung, daß Abs. 1 § 574 auch Anwendung in der II. Instanz finde, die Ansicht der Majorität der Reichstagskommission, die dahin ging, daß der Kläger in der Berufungsinstanz (beim Verfahren in Ehesachen) einen von ihm in der I. Instanz nicht benützten Klagegrund immer noch nachbringen könne. Vgl. Prot. S. 291—293. 601. 602. Unsere Anschauung theilen Struckmann und Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. 1 zu § 574 S. 541. 542, deren einem Argumente, welches deshalb die Anwendbarkeit des § 574 für die Berufungsinstanz annimmt, weil § 489, obwohl er nirgends ausdrücklich für § 574 als unanwendbar erklärt worden sei, im Gegensatz zu dem für die I. Instanz maßgebenden § 235 Abs. 2 Ziff. 3 seine Bedeutung hauptsächlich in den Worten „selbst mit Einwilligung des Gegners" habe, und wenn es in I. Instanz gar nicht auf die Einwilligung des Gegners ankomme, überhaupt seine Anwendbarkeit verliere — ich nicht beistimmen kann. Die Bedeutung des § 489 beruht nicht allein hauptsächlich in den angegebenen Worten, sondern darin, daß man in appellatorio die Unzulässigkeit der Klageänderung absolut aussprechen wollte. § 574 Abs. 1 bildet die alleinige Ausnahme von diesem Prinzipalgrundsatz des Berufungsverfahrens aus den oben von mir angegebenen Gründen. Vgl. ferner Remelé Civilproz. § 82 S. 335. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 2 zu §§ 574—576 S. 475. Fitting Civilproz. (5. Aufl.) § 67 S. 256. Gaupp Civilproz.ordn. III Bem. I zu § 574 S. 23. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Aufl. 1881) II. Abthl. Bem. zu

§ 574 S. 540 ff. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 574 S. 439. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 574 S. 689. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 574 S. 645. — Anderer Meinung sind v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 574 S. 673, welche ihre Ansicht auf das Scharfsinnigste verfechten und namentlich auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes hinweisen. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 3 zu §§ 574—576 S. 427. Endemann Civilproz.ordn. III Anm. I zu § 574 S. 16.

Die Bestimmungen des § 240 darüber, was nicht als eine Klageänderung zu betrachten ist, sind natürlich auch in der II. Instanz maßgebend. So ist namentlich nicht eine Klageänderung und daher auch in II. Instanz gestattet: 1) Ergänzungen oder Berichtigungen der thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen der Klage ohne Aenderung des Klagegrundes; 2) Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrags in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen ohne Aenderung des Klagegrundes; 3) Forderung eines anderen Gegenstandes oder des Interesses statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ohne Aenderung des Klagegrundes. Vgl. § 240 Nr. 1. 2. 3.

Unter Klagegrund versteht man die Thatsachen, welche „an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen" — Mot. zu § 222 (jetzt § 230) S. 182 — mit Einschluß der Thatsachen, welche sich auf die Begründung der Sachlegitimation und des Entstehungsgrundes des streitigen Rechts beziehen. Vgl. auch Wetzell System (3. Aufl.) § 16 S. 149 ff.; Renaud Lehrbuch (2. Aufl.) § 88 — (den Klagegrund bilden die „rechtsbegründenden Thatsachen", drücken sich die Mot. a. a. O. erläuternd aus). Vgl. auch meine Ausführungen in § 7 ds. Buchs S. 82 — hinsichtlich der in der Berufungsinstanz zulässigen Klageerweiterungen.

Die Bestimmung des § 242, wonach eine Anfechtung der Entscheidung der I. Instanz, daß eine Klageänderung nicht vorliege, nicht statthat, gilt in Gemäßheit des § 473 auch für die Entscheidung des Berufungsgerichts, die dahin lautet; diese Entscheidung kann daher nicht im Wege der Revision angefochten werden. Vgl. zu § 489 auch Entw. § 468; Prot. S. 238. 559.

Da eine Aenderung der Klage in appellatorio absolut unstatthaft ist, so hat der Appellationsrichter von Amts wegen darauf

zu sehen, daß § 489 von dem Appellanten eingehalten wird. Gründet dieser seine Appellation lediglich auf eine Klageänderung, so ist die Berufung als unbegründet zu verwerfen oder, wie sich v. Wilmowski und Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 488 S. 578 ausdrücken, „zurückzuweisen", was wohl gleichbedeutend ist mit „als unbegründet zu verwerfen". Es fällt diese Verwerfung durchaus nicht zusammen mit der auf Grund des § 497 von Amts wegen einzutretenden Verwerfung der Berufung als „unzulässig". Diese von Amts wegen auf Grund des § 497 einzutretende Verwerfung der Berufung als „unzulässig" findet nur statt, wenn die Berufung an sich nicht statthaft ist (dies bezieht sich auf die Natur der angefochtenen Entscheidung — ob sie ein Endurtheil, ein Quasi-Endurtheil vgl. §§ 248, 276, 472, 474, 562), oder wenn sie nicht in der gesetzlichen Frist, in der gesetzlichen Form eingelegt worden ist (§§ 477, 479). Dies ist deshalb von Bedeutung und deshalb hervorzuheben, weil bei der Verwerfung des Rechtsmittels als unbegründet die Anschließung des Gegners aufrecht erhalten bleibt, was bei der Verwerfung des Rechtsmittels als „unzulässig" nicht der Fall, d. h. die Anschließung verliert hier ihre Wirkung, § 483 Abs. 1. Erfolgt die Verwerfung der Berufung als „unzulässig" (§ 497), so findet die Revision statt ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes, § 509 Nr. 1. Bei Verwerfung der Berufung als „unbegründet" hingegen findet Revision nur statt bei Vorhandensein der Revisionssumme. § 508 arg. § 509 Nr. 1. Vgl. Kries Rechtsmittel § 10 S. 190. Vgl. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) a. a. O. S. 578 u. Bem. 3 zu § 509 S. 599. Vgl. auch meine Ausführungen in § 15 ds. Buches.

Wenn der Berufungsrichter die Zulassung der Klageänderung auf die Zustimmung des Gegners gestützt hat, so liegt in dieser Entscheidung eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 512, da eine Rechtsnorm (hier: „in der Berufungsinstanz ist die Klageänderung absolut, d. h. auch mit Zustimmung des Gegners, unzulässig") nicht, bezw. nicht richtig angewendet worden ist, und ist diese Entscheidung nach § 512 mit der Revision anfechtbar. Vgl. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 489 S. 376. Vgl. Urtheil d. Reichsgerichts III. C.S. v. 3. Dezbr. 1880 Bd. III S. 371, auch abgedruckt in Gruchot Bd. 25 S. 420.

Die unserer obigen Ansicht entgegenstehende von Kleiner Civil-

proz.ordn. II (Bem. zu § 489 S. 537 und von **Hellmann** Civilproz.ord. (Neue Aufl. 1881) II. Abth. Bem. zu § 489 S. 406, daß der Appellationsrichter, im Falle die Berufung sich lediglich auf eine Klageänderung stützt, dieselbe als „unstatthaft" oder, was gleichbedeutend ist, als „unzulässig" zu verwerfen habe, ist nach meinen obigen Ausführungen wohl nicht richtig.

Zum Schlusse sei noch hervorgehoben, daß in der Berufungsinstanz eine Zurücknahme der Klage mit Einwilligung des Beklagten immer noch erfolgen kann. arg. § 243. Vgl. auch v. **Wilmowski** und **Levy** Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 Abs. 2 zu § 243 S. 315. Auch eine Abstandnahme vom Urkundenprozeß dürfte in appellatorio statthaft sein, obwohl jetzt eine Entscheidung des Reichsgerichts dieselbe für unzulässig erklärt, und erscheint nicht als Klageänderung. Vgl. hierüber § 559 und die trefflichen Ausführungen von v. **Wilmowski** u. **Levy** a. a. O. Bem. zu § 559 S. 654, 655, worauf ich später in § 17 meines Buches zurückkommen werde.

b.
Die prozeßhindernden Einreden. — § 490.

Bezüglich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der prozeßhindernden Einreden in der Berufungsinstanz gibt § 490 die gesetzlichen Bestimmungen und zwar in seinem Absatz 1, der wörtlich besagt:

> „Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen."

Es versteht sich im Hinblick auf diese Gesetzesbestimmung, welche im engen Zusammenhang mit dem Begriff der Berufung als eines novum judicium steht, von selbst, daß die prozeßhindernden Einreden, welche bereits in I. Instanz vorgebracht worden sind, beziehungsweise über welche bereits in dem durch die Berufung angegriffenen Urtheile des Erstinstanzgerichts entschieden worden ist, auch in der II. Instanz wieder vorgebracht werden können, da sie ja als keine neuen Einreden erscheinen und möglicher Weise gerade diese Einreden den Grund der Beschwerde abgeben.

Die prozeßhindernden Einreden, **auf welche die Partei wirksam verzichten kann**, sind:

1) die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, soweit eine Ver-

einbarung über die Zuständigkeit nicht unzulässig ist, §§ 247 Abs. 2 Nr. 1; 40 Abs. 2;

2) die Einrede der Rechtshängigkeit, § 247 Abs. 2 Nr. 3;

3) die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, § 247 Abs. 2 Nr. 4;

4) die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei, § 247 Abs. 2 Nr. 5; § 243 Abs. 4.

Die prozeßhindernden Einreden, auf welche die Partei nicht wirksam verzichten kann, weil sie sich auf solche prozeßhindernde Thatsachen und Verhältnisse beziehen, welche das Gericht von Amtswegen beachten muß ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien, sind:

1) die Einrede der Unzuständigkeit, soweit eine Vereinbarung über die Zuständigkeit unzulässig ist, §§ 247 Abs. 2 Nr. 1; 40 Abs. 2;

2) die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung, § 247 Abs. 2 Nr. 6;

3) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, § 247 Abs. 2 Nr. 2.

Diese letzteren Einreden, auf welche die Partei nicht wirksam verzichten kann, sind natürlich auch in der Berufungsinstanz zulässig, ja sie sind von Amtswegen in derselben zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf das Ausgeführte ist also, was die prozeßhindernden Einreden anlangt, für die Berufungsinstanz folgender Satz aufzustellen: *Die prozeßhindernden Einreden, auf welche die Partei nicht wirksam verzichten kann, sind auch in der Berufungsinstanz zulässig; hingegen diejenigen, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, können nur unter der Voraussetzung der Glaubhaftmachung, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen, sie in I. Instanz geltend zu machen, vorgeschützt werden.*

Die *Motive* besagen zu § 469 Abs. 1 (jetzt § 490 Abs. 1) S. 305 — wörtlich Folgendes:

„Der § 469 (jetzt § 490) ist dem hannöverschen Entwurfe § 586 entnommen.

Die Bestimmung des ersten Absatzes ist eine Konsequenz des § 238 Abs. 2 (jetzt § 247 Abs. 2)."

Vgl. insbes. § 247 Abs. 2.

Abs. 2 des § 490 bestimmt sodann bezüglich des Einflusses des

Vorbringens prozeßhindernder Einreden auf den Gang des Verfahrens in II. Instanz wörtlich Folgendes:

„Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amts wegen anordnen."

Diese Vorschrift, welche ich als weiteren Grundsatz hinsichtlich des Vorbringens prozeßhindernder Einreden in II. Instanz hervorhebe, beruht nach den Motiven a. a. O. auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß es an einem ausreichenden Grunde fehlt, die in § 239 (jetzt § 248) dem Beklagten eingeräumte Befugniß, auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, demselben in II. Instanz zu gewähren.

Die Bestimmung des § 247 Abs. 1, wonach die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen sind, ist durch die Bestimmung des § 490 nicht aufgehoben, sondern gilt auch im Berufungsverfahren. (Im amtsgerichtlichen Verfahren hingegen gilt sie nicht absolut, § 465 Abs. 1.) Wird im Berufungsverfahren die Bestimmung des Abs. 1 § 247 nicht eingehalten, so greift der Abs. 3 § 247 Platz. Vgl. auch Seuffert Civilprozeßordn. § 490 Bem. 2 u. 3. S. 555.

Ganz richtig und in treffendster Weise bemerkt Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 490 S. 344, daß die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschrift des § 247 Abs. 1 Rechtsnachtheile in der Sache selbst deshalb nicht zur Folge habe, weil nach § 490 Abs. 2 die Einlassung zur Hauptsache auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden darf.

Hat das Gericht von Amts wegen die abgesonderte Verhandlung über eine prozeßhindernde Einrede in Gemäßheit des Abs. 2 § 490 angeordnet, so hat eine etwaige Verwerfung der Einrede durch Zwischenurtheil zu geschehen, welches im Hinblick auf Abs. 2 § 248 als Endurtheil in Betreff der Rechtsmittel zu betrachten ist. Dies folgt aus § 485 und ist daher in einem solchen Falle die Revision gegeben. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 490 S. 579.

§ 465 Abs. 3, der sich auf das amtsgerichtliche Verfahren bezieht, lautet übereinstimmend mit Abs. 2 § 490.

Hier ist noch der Fall besonders hervorzuheben, welcher durch den § 490 nicht berührt wird, da er etwas vollständig Verschiedenes von der in demselben behandelten Materie ist, jedoch gleichwohl hier zu besprechen sein dürfte — nämlich der Fall, wenn eine prozeßhindernde Einrede, welche in der I. Instanz vorgetragen worden ist, das Objekt des Streites in der Berufungsinstanz ist. Vgl. das hierüber oben S. 114 kurz Angedeutete. — Hat das angefochtene Urtheil lediglich über die prozeßhindernde Einrede entschieden, und wurde deshalb die Berufung eingelegt, weil das Erstinstanzgericht entweder die Einrede abgewiesen oder dieselbe für begründet erklärt und deshalb die Klage abgewiesen hatte — in beiden Fällen ist die Berufung zulässig, da ja ein Endurtheil oder ein in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil zu betrachtendes Zwischenurtheil vorliegt —, so hat das Berufungsgericht nach § 500 Ziff. 2, insofern noch eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist, wenn das Erstinstanzgericht in der Hauptsache noch gar nicht entschieden hat, die Sache an das Gericht der I. Instanz zurückzuverweisen. Hat das Erstinstanzgericht jedoch nicht nur über die prozeßhindernde Einrede, sondern in der Sache selbst entschieden, und ist deshalb die Berufung eingelegt, d. h. nicht blos wegen der Entscheidung über die Einrede, sondern auch wegen der Entscheidung in der Sache selbst, so entscheidet das Berufungsgericht in erster Reihe über die prozeßhindernde Einrede und dann in der Sache selbst, wenn eine solche Entscheidung noch nöthig fällt. Vgl. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 490 S. 417. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 2 zu § 500 S. 357. Seuffert Civilproz.ordn. Anm. 1. 2. 4 zu § 500 S. 566 u. 567. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Anm. zu § 500.

Bezüglich des Vorbringens der prozeßhindernden Einreden in II. Instanz vgl. auch Entw. § 469. Nordd. Entw. § 794; § 798. Prot. S. 238. 559.

§ 13.

c. Das Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel, insbesondere neuer Thatsachen und Beweismittel (nova et noviter reperta), die Erhebung neuer Ansprüche im Berufungsverfahren. § 491.

Ich stelle, indem ich zu dem hochwichtigen beneficium novorum nunmehr übergehe, an die Spitze meiner Ausführungen den bedeut-

samen in Abs. 1 § 491 enthaltenen Satz: „Die Parteien können, ohne darin beschränkt zu sein, in der Berufungsinstanz neue Thatsachen und Beweise, neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorbringen.

Dies statuirt als Grundsatz der § 491 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 480. 484. 487. Dieses Prinzip entspricht den meisten bisher in Geltung gewesenen partikularen Prozeßgesetzgebungen. Vgl. unter anderen: Code de procédure Art. 465. Badische bürgerl. Prozeßordnung von 1864 § 1138. Anders verhält es sich im gemeinen Prozeßrechte, woselbst die Ausübung des Novenrechts von der Ausschwörung des Appellationseids (einer Art von Calumnieneid) abhängig gemacht war. Vgl. Renaud Lehrbuch (2. Aufl.) § 177. v. Bayer Vorträge (9. Aufl.) § 311 S. 1022 ff. Wetzell System (3. Aufl.) § 54 S. 710; § 56 S. 755.

Die unbeschränkte Zulassung der nova beim Berufungsverfahren in der Civilprozeßordnung entspricht dem Grundcharakter der Berufung dieses Gesetzbuchs, welche mit der Appellation des römischen Rechts, welche ebenfalls keinen Noveneid kennt, übereinstimmt. Vgl. § 2 dieses Buchs S. 16 ff. — Die Parteien haben das Novenrecht, wie in der I. Instanz, bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil erfolgt. Vgl. §§ 251. 256. 339. 398, welche hier vollständig zur Anwendung kommen. Vgl. Mot. S. 306. Bezüglich des Kostenpunktes findet sich für die Berufungsinstanz in § 92 Abs. 2 die besondere Bestimmung, daß die Kosten der Berufungsinstanz der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in I. Instanz hätte geltend machen können. Vgl. § 92 in Verb. mit §§ 251 Abs. 2 u. 256. Mot. S. 37. Auch einzelne Partikulargesetze hatten ähnliche Bestimmungen, z. B. die badische bürgerl. Prozeßordnung von 1864 § 1144. Die Parteien können im Hinblick auf Abs. 2 § 491 bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlungen nicht nur unbeschränkt nova (neue Thatsachen, Angriffs- und Vertheidigungsmittel und Beweismittel) vorbringen, sondern auch ihre ursprünglich gestellten Berufungsanträge verändern, erweitern und einschränken. Vgl. Mot. S. 306.

Für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen ist in Abs. 1 § 319 bestimmt,

daß eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebung in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte nicht mehr nachgeholt werden kann — und in Abs. 2 § 319 ist weiter (hinsichtlich derselben Prozesse) bestimmt, daß Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel, Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, nur dann in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden können, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien. Es wirft sich nun die wichtige Frage auf, ob die nach § 319 Abs. 1 u. 2 eintretende Präklusion auch für das Verfahren in appellatorio wirkt?

Es ist diese Frage zu verneinen und als Grundsatz Folgendes aufzustellen: Die Nachholung des in der I. Instanz im kommissarischen Verfahren in Rechnungssachen u. dgl. (§§ 316 u. 319) Versäumten ist in der Berufungsinstanz zulässig. Zur Aufstellung dieses Grundsatzes gelangt man durch folgende Erwägungen. Der § 491 gestattet unbeschränktes Geltendmachen von nova in der Berufungsinstanz. § 493 bestimmt in Ergänzung des § 491: „Die in I. Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden." — Aus diesem Grunde, d. h. aus der richtigen Interpretation des § 491 in Verb. mit § 493 ist nicht anzunehmen, daß die nach § 319 eingetretene Präklusion auch auf die Berufungsinstanz fortwirkt. Das Versäumte kann in der Berufungsinstanz nachgeholt werden. Der Bericht der Justizkommission an den Reichstag vom 19. Oktober 1876 S. 7 verneinte die Wirkung der Präklusion auf die Berufungsinstanz. Nachdem in der 168. Sitzung der Kommission — Ber. S. 7 — hierüber, insbesondere auf Anregung des preußischen Justizministers Leonhardt, sich eine Debatte entsponnen hatte, wurde die Redaktionskommission mit dem Auftrage betraut, Vorschläge zu machen, dahin gehend, daß § 319 auch auf die Appellationsinstanz auszudehnen sei. Die Sache blieb jedoch auf sich beruhen in Folge formeller und materieller Bedenken. Vgl. auch Prot. S. 11.

Aus all' diesen Gründen muß man zur Verneinung unserer Frage gelangen. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Vorbem. 2 vor § 313 S. 408. Ganz richtig bemerkt

Endemann Civilprozeßordn. II Bem. zu § 319 a. E. S. 181, daß die Präklusion des § 319 natürlich dann auch in der Berufungsinstanz zu beachten sei, wenn in derselben über die Richtigkeit des Urtheils gestritten werde, wodurch jedoch der Grundsatz nicht alterirt werde, daß in der Berufungsinstanz der Prozeß im Umfang der gestellten Berufungsanträge von neuem verhandelt werde (§ 487) und insbesondere Erklärungen nachgeholt werden könnten (§ 493), wonach es möglich sei, daß erst oder auch von neuem in appellatorio ein Vorbereitungsverfahren angeordnet werden müsse.

Die Parteien können im Berufungsverfahren neue Thatsachen und Beweise vorbringen, worunter auch die in I. Instanz als verspätet zurückgewiesenen Thatsachen und Beweise fallen, sowie die in der Berufungsschrift nicht enthaltenen Beweise. §§ 252, 339, 398.

Ebenso können die Parteien in Gemäßheit des § 418 an Stelle eines in der I. Instanz zugeschobenen Eides in der II. Instanz andere Beweismittel vorbringen.

Recht treffend bezeichnet Wach Vorträge S. 188 als neue Beweismittel: „alle in der unteren Instanz noch nicht gebrauchten oder nicht erhobenen Beweismittel, mögen sie zum Beweise alter oder neuer Thatsachen, mögen sie zur Antretung eines noch nicht versuchten oder zur Vervollständigung eines versuchten, aber mißlungenen Beweises oder zur Entkräftigung eines gelungenen Beweises bestimmt sein." — Im Hinblick auf § 275 (Befugniß des Gerichts, Theilurtheile zu erlassen) und auf § 136 (richterliche Trennungsbefugniß) ist es jedoch möglich, daß, wie in I. Instanz, das in der Berufungsinstanz neu Vorgetragene schon, ehe das Endurtheil ergeht, in Folge eines vom Berufungsgericht ergangenen Theilurtheils hinsichtlich der hierdurch erledigten Theile des Rechtsstreits nicht mehr zulässig ist. Soviel über das neue Vorbringen, d. h. das Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Einreden, Repliken, überhaupt neuer Thatsachen und Beweismittel — im Berufungsverfahren, wovon Abs. 1 § 491 handelt.

Dieses jus novorum ist unbeschränkt mit der einzigen Ausnahme der Geltendmachung neuer Ansprüche im Berufungsverfahren, welche den Gegensatz des neuen Vorbringens bildet. Hier ist der Grundsatz aufzustellen: Neue Ansprüche sind im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Dieser Satz ergibt sich mit logischer Konsequenz aus dem Begriff der Berufung als eines

novum judicium, einer Erneuerung und Wiederholung des in I. Instanz entschiedenen Rechtsstreits vor einem höheren Richter. Vgl. auch meine Ausführungen zu § 487 C.P.O. in § 10 dieses Buches S. 102 ff. — und insbesondere die Motive zu § 487 S. 305. Neue Ansprüche sind nicht die in § 240 Nr. 2 u. 3 bezeichneten Aenderungen, sondern um sich der Worte der Motive zu § 470 (jetzt § 491) S. 306 zu bedienen: Die nouvelles demandes (code de procédure Art. 464), welche deshalb nicht in appellatorio zugelassen werden können, weil der Streitgegenstand der Berufung durch die I. Instanz fixirt ist und das Rechtsmittel sich gegen die in dieser Instanz erlassene Entscheidung richtet. Die sämmtlichen in I. Instanz in jus deduzirten Ansprüche bilden die unübersteigbare Schranke und Grenze der Berufungsanträge. Vgl. § 487 und meine Ausführungen hierzu in § 10 S. 102 ff. Soweit die exceptio rei judicatae dem vorgebrachten Anspruch, der in rechtskräftiger Weise in I. Instanz abgewiesen worden ist, nicht entgegenstehen würde, soweit liegt ein neuer, daher unzulässiger Anspruch vor. Vgl. hierüber auch § 254 der bad. bürgerl. Prozeßordn. von 1864; ferner Bayer Vorträge über den gem. ord. Civilproz. (9. Aufl.) § 171 S. 549.

Daraus, daß die nouvelles demandes identisch mit den neuen Ansprüchen erklärt werden, ergibt sich, wie v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 491 S. 580 treffend ausführen, daß unter neuen Ansprüchen nur solche zu verstehen sind, welche eine Verwirklichung in dem Tenor der Entscheidung suchen, nicht aber im Wege der Einrede, Replik u. s. w. zur Abwehr eines gegnerischen Anspruchs dienen sollen, m. a. W., daß es die durch die Petita der Berufungsparteien erhobenen, in I. Instanz nicht zum Gegenstand eines Klage- oder Widerklage-Antrags gemachten Ansprüche sind, welchen unter gewissen Beschränkungen die zur Kompensation geltend gemachten Ansprüche gleichgestellt werden. Die Kompensationseinrede ist nach unserer Prozeßordnung, wie sich Endemann Civilproz.ordn. I Vorbem. zu §§ 136. 137 S. 483 Note 7 richtig ausdrückt, eine besonders geartete Einrede, und trifft bei ihr allein der Satz des römischen Rechts „qui excipit agit" hier zu. Dies hängt insbesondere mit der Bestimmung des Abs. 2 § 293 zusammen, insoweit nach § 293 die Entscheidung über den neuen compensando geltend gemachten Anspruch rechtskräftig würde, insoweit ist er auch in appellatorio unzulässig, wie v. Wilmowski u. Levy

a. a. O. treffend ausführen. Aus all' dem folgt, daß die neuen Ansprüche grundsätzlich in appellatorio ausgeschlossen sind, daß demgemäß die im Wege einer Klageänderung — § 489 —, einer Widerklage, einer Präjudizial-Inzidentklage und Präjudizial-Inzidentwiderklage, eines neuen Kompensations-Anspruchs in appellatorio gemachten (neuen) Ansprüche unstatthaft sind. A. M. bezügl. der Widerklage Endemann Civilproz.ordn. II Bem. II Abs. 2 zu § 491 S. 419, welcher, obwohl er die Geltendmachung eines neuen Anspruchs im Wege der Widerklage ausschließt, die unbedingte Zulässigkeit einer Widerklage als neues Angriffs- oder Vertheidigungsmittel im Sinne des Abs. 1 § 491 annimmt, was mir unverständlich ist. Wie schon früher ausgeführt, ist überhaupt die Erhebung einer Widerklage in II. Instanz unzulässig. Vgl. hierüber meine Ausführungen S. 80. Unrichtig dürfte nach dem Vorgetragenen auch die Ansicht von Bülow's Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 491 S. 376 sein, wonach eine Präjudizial-Inzidentklage und Präjudizial-Inzidentwiderklage in II. Instanz zulässig sein soll.

Wie sich aus dem Abs. 2 § 491 ergibt, der besagt:

> „Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in I. Instanz geltend zu machen," —

macht das Gesetz allein eine Ausnahme von dem Verbot der absoluten Unzulässigkeit der Geltendmachung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz bei Kompensationseinreden, jedoch nur unter der besonderen Voraussetzung des § 491 Abs. 2 (in allen anderen Fällen dürfen sie nicht als neue Ansprüche geltend gemacht werden). Neue Ansprüche dürfen einzig und allein nur in dem Falle in appellatorio erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in I. Instanz geltend zu machen. Die in der II. Instanz geltend gemachten neuen Ansprüche (immer im oben gegebenen Sinne genommen) sind selbst mit Einwilligung des Gegners nicht zulässig. §§ 489 u. 491 Abs. 2. Die Ansicht von Wach Vorträge S. 193, wonach das Requisit der Glaubhaftmachung des Abs. 2 § 491 durch die Zustimmung des

Gegners ersetzt werden könne, ist jedenfalls unrichtig im Hinblick auf die bestimmte Vorschrift (kopulative Fassung) des Abs. 2 § 491. Vgl. auch v. Kries Rechtsmittel § 8 S. 172; Gaupp Civilproz.-ordn. II Bem. III zu § 491 S. 513. In Abs. 2 § 491 ist in den Worten „abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2, 3" offenbar etwas Ueberflüssiges enthalten, da diese Fälle des besagten Paragraphen keine neuen Ansprüche im Sinne des Gesetzes umfassen, und hat man wahrscheinlich diese Worte eingeschaltet im Hinblick auf den Art. 464 des code de procédure, welchem man sich fast ganz angeschlossen hat durch die Identifizirung des Begriffes „neue Ansprüche" mit „nouvelles demandes", wobei nur hervorgehoben werden soll, daß das französische Gesetz die Kompensationseinrede als nouvelle demande in II. Instanz ohne die Beschränkung des Abs. 2 § 491 zuläßt, und sich überhaupt, wie dies auch von Wilmowski u. Levy a. a. O. hervorheben, deutlicher als unser Gesetz ausdrückt. Art. 464 lautet: „Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. Pourront aussi les parties demander des intérèts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance et les dommages et intérèts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement." In dem ersten Satz ist das grundsätzliche Verbot der neuen Ansprüche in appellatorio ausgesprochen und nur zugelassen der Kompensationsanspruch — entsprechend dem Abs. 2 § 491 (wenn auch nicht in der darin ausgesprochenen Einschränkung). Durch den Satz „ou que la demande nouvelle ne soit la défense" u. s. w. ist dargelegt, daß eine neue Einrede, Replik u. s. w. nicht als neuer Klageanspruch und daher als zulässig erscheint; dem entspricht Abs. 1 § 491. In dem weiteren Satz: „Pourront aussi les parties" u. s. w. ist so ziemlich das enthalten, was Nr. 2 u. 3 § 240 unserer Prozeßordnung besagt, und dessen Geltendmachung nicht unter den Begriff der nouvelle demande fällt, und was man dann wieder in Abs. 2 § 491 in den Worten „abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2 u. 3" geben zu müssen glaubte, aber gewiß besser weggelassen hätte. Man hätte der größeren Klarheit wegen den § 491 anders und präziser, als geschehen, redigiren müssen. — Die Motive a. a. O. bezeichnen die Zulassung neuer Ansprüche in Gemäßheit des Abs. 2 § 491 und innerhalb der

Schranken desselben als „Inzidentrestitution" und bemerken, daß Kompensationsforderungen nur unter der Bedingung der Inzidentrestitution zulässig seien, um das Verfahren gegen Verschleppungen durch simulirte oder schuldbar zurückgehaltene Kompensationsforderungen sicher zu stellen. Es ist nicht nothwendig, daß die compensando geltend gemachten Ansprüche konnex mit denen des Gegners seien; gleichwohl kann jedoch das Berufungsgericht im Hinblick auf die Bestimmung des § 136, wenn die Gegenforderung nicht konnex mit der zu kompensirenden Forderung ist, anordnen, daß in getrennten Prozessen verhandelt wird, insbesondere daß die Gegenforderung im Wege eines besonderen Rechtsstreits zu verhandeln sei. Was endlich noch die kontroverse Frage betrifft, ob eine in der Berufungsinstanz vorgebrachte Retentionseinrede als ein neuer und daher unzulässiger Anspruch erscheinen kann, so halte ich, unter Bezug auf den oben festgestellten Begriff der neuen Ansprüche, dafür, daß diese Frage unbedingt zu verneinen ist. Ich theile in dieser Beziehung vollkommen die Ansicht von Wach Vorträge S. 192 und v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 491 S. 580. Wach a. a. O., der, übereinstimmend mit unserer Auffassung, neue Ansprüche als mit der Tendenz rechtskräftiger Entscheidung auftretende Rechtsbehauptungen bezeichnet, führt aus, daß hiernach die exceptio retentionis niemals ein neuer Anspruch sein könne, sowenig wie die exceptio non ad impleti contractus, weil hier nie Rechtskraft über etwas gewirkt werden könne, was nicht bereits res in judicium primae instantiae deducta gewesen sei: denn die Entscheidung über die Einrede beschreite, abgesehen von der Compensationseinrede niemals die Rechtskraft. Vgl. auch Wach a. a. O. S. 105 ff.; v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 580, Bem. 4 zu § 293 S. 383; Gaupp Civilproz.ordn. III Bem. III zu § 491 S. 512. Ich halte die Ausführungen von Wach a. a. O. und v. Wilmowski u. Levy a. a. O. für der Art zutreffend, daß ich nichts beizufügen wüßte. A. M. sind bezügl. der Retentionseinrede Seuffert Civilproz.ordn. § 491 Anm. 8 u. 9 S. 557. Petersen Civilproz.ordn. (1 Aufl.) II Bem. 2 zu § 491 Abs. 2 S. 346; I (2. Aufl.) Bem. zu § 136 S. 244. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 5 zu §§ 489 ff., S. 333. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. zu § 491 S. 408. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 6 zu Abs. 2 § 491 S. 454. v. Can-

stein in Busch's Zeitschrift I S. 327. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 491 S. 419, der unbegreiflicher Weise eine Widerklage in II. Instanz zulassen will, worin ja gerade nach all' dem Ausgeführten ein neuer Anspruch, eine nouvelle demande liegen würde.

Zum Schlusse hebe ich noch Folgendes hervor: Struckmann u. Koch a. a. O. bemerken mit Recht: „Es versteht sich von selbst, daß neue Ansprüche zum Zwecke der Vertheidigung (im Wege der Compensation) gegen die vom Gegner zulässiger Weise vorgebrachten neuen Ansprüche geltend gemacht werden können, soweit nicht etwa der civilrechtliche Grundsatz: „„compensatio compensationis non datur““ entgegensteht." Vgl. hierüber insbesondere: Windscheid Pandekten (4. Aufl.) II § 349 Nr. 6 S. 322. Vgl. auch zu § 491: Entw. § 470. Nordd. Entw. § 789. 795. Prot. S. 238. 559.

§ 14.

d. **Das Rügerecht bezüglich der Verletzung von das Verfahren I. Instanz betreffenden Prozeßvorschriften, dessen Zulässigkeit und Unzulässigkeit in II. Instanz** — § 492.

e. **Die Nachholung der in I. Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen** — § 493.

f. **Die Wirksamkeit des in I. Instanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses für die II. Instanz** — § 494.

g. **Wirkung der Annahme und Zurückschiebung eines Eides in I. Instanz, der Leistung, Verweigerung und Erlassung des Eides in I. Instanz — für die II. Instanz** — § 495.

d.

Das Rügerecht bezüglich der Verletzung von das Verfahren I. Instanz betreffenden Prozeßvorschriften, dessen Zulässigkeit und Unzulässigkeit in II. Instanz — § 492.

Der Wortlaut des § 492, welcher bezüglich dieser Materie maßgebend ist, ist folgender:

> „Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in der I. Instanz verloren hat." —

Dieser Verlust des Rügerechts für die Partei in I. Instanz ist eingetreten, wenn sie bei einer Verletzung einer Verfahrensvorschrift und insbesondere bei einer Verletzung einer die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift auf die Befolgung derselben verzichtet

oder bei der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, ausgenommen, wenn es sich um Vorschriften handelt, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann. Vgl. § 267 in Verb. mit §§ 492. 521. 513. Zu den Vorschriften, auf welche nicht wirksam verzichtet werden kann, gehören unter anderen die Vorschriften, welche die Oeffentlichkeit des Prozeßverfahrens betreffen, die Vorschriften über die Nothwendigkeit der schriftlichen Feststellung der Anträge in den Prozessen vor den Kollegialgerichten (Anwaltsprozessen), ferner über die Nothfristen, über die Form und die Zeit der Einlegung der Rechtsmittel u. a. m. Vgl. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 3 zu § 267 S. 323. Es ist selbstverständlich, daß der § 267 auch in dem Berufungsverfahren seine Anwendung findet, wenn Verletzungen der Verfahrensvorschriften und der Vorschriften über die Form einer Prozeßhandlung u. dergl. im Berufungsverfahren vorkommen und in diesem nicht gerügt werden. Hiervon handelt jedoch der § 492 nicht; dieser hat vielmehr die nicht gerügten Verfahrens- und Formverletzungs-Vorschriften der I. Instanz im Auge und bestimmt, daß der nach § 267 eintretende Verlust des Rechts der Rüge für die Berufungsinstanz fortwirkt. Der § 492 hat zum Zwecke, zu verhindern, daß man aus § 487, welcher eine neue Verhandlung und ein novum judicium in der Berufungsinstanz zuläßt, die Folgerung ziehe, daß man im Verfahren vor dem Berufungsgericht selbst noch Einreden aus Uebertretungen oder Verletzungen einer das Verfahren I. Instanz betreffenden Vorschrift nachholen oder wiederholt vortragen könne, bezüglich deren man in Gemäßheit der Bestimmungen des § 267 bereits in I. Instanz des Rechts der Rüge verlustig gegangen ist. Vgl. Begründung des Entwurfs der Kommission des Bundesraths — Berlin 1872 S. 393. Vgl. auch Uebel Civilproz.ordn. II Anm. 1 zu §§ 492. 493 S. 17. Vgl. ferner Motive zu § 471 (jetzt § 492) S. 306.

Der Ansicht Wach's Vorträge S. 190. 191, welcher die Vorschrift des § 267 u. § 492 auch auf den materiellen Inhalt der Verfügungen des Richters ausgedehnt wissen will, ist nicht beizustimmen, was aus der richtigen Auslegung des § 267 hervorgeht, der sich hierauf nicht bezieht. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 492 S. 581, Bem. zu § 267 S. 349 ff. Kries Rechtsmittel § 9 S. 181. 182. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 267 S. 322 ff. Vgl. insbes. von Bülow Civilproz.ordn.

(2. Aufl.) Bem. 1 zu § 267 S. 194, der wörtlich ausführt: „Ausgeschlossen ist daher unbedingt (d. h. fällt nicht unter § 267) der materielle Inhalt eines Urtheils, die eigentliche Rechtsprechung." Vgl. auch Urtheil des Reichsgerichts III C.S. vom 30. Nov. 1880 Bd. III (1881) S. 365, wonach die Bestimmungen in den §§ 267. 492 C.P.O. über den Verlust des Rügerechts der Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift Anwendung finden, wenn die Leistung eines zugeschobenen Eides durch Beweisbeschluß in einem Falle angeordnet ist, wo nach den §§ 425. 426 C.P.O. auf Leistung des Eides durch bedingtes Endurtheil hätte erkannt werden müssen. Aus diesem Urtheil ergiebt sich insbesondere die Unrichtigkeit der Auffassung Wach's a. a. O. S. 190. 191. Vgl. auch noch Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. zu § 492 S. 513 u. 514. Vgl. überhaupt zu § 492 Entw. § 471 Prot. S. 238. 559.

e.

Die Nachholung der in I. Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen — § 493 —.

Der § 493 lautet wörtlich:

„Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden."

Der § 493 steht in enger Verbindung mit § 487 und zieht, jedoch im Gegensatz zu § 492, eine zulässige Folgerung aus § 487 positiv und in bestimmter Weise. Diese positive Bestimmung des § 493 entspricht dem in § 491 ausgesprochenen Hauptgrundsatz des Appellationsverfahrens, wonach in II. Instanz neue Thatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorgebracht werden können, und ist lediglich eine konsequente Erweiterung und thatsächliche Ausführung des in § 491 Abs. 1 Ausgesprochenen sowie eine Folgerung aus dem Prinzip des § 487, aus dem Charakter des Berufungsverfahrens als novum judicium. Werden die Erklärungen, die § 493 im Auge hat, in der Berufungsinstanz nachgeholt, so werden hierdurch die in I. Instanz angedrohten und ausgesprochenen Rechtsnachtheile — §§ 129. 299. 319. 404. 417. 440 — wieder hinfällig. Die Motive zu § 476 (jetzt § 493) S. 306 — erklären diese Bestimmung des § 493 und die auf Grund desselben zulässige Nachholung von Versäumnissen damit, daß es sich bei den in Folge dieser Versäumnisse eingetretenen Rechtsnachtheilen

nur um fingirte Geständnisse handelt, und daß es im Interesse des materiellen Rechtes liegt, den Parteien zu gestatten, Versäumtes nachzuholen. Die Motive fügen jedoch a. a. O. ausdrücklich Folgendes bei:

„In wie weit in II. Instanz auf die demnächstige freie Beweisprüfung die frühere Contumaz einwirkt, unterliegt, soweit nicht positive Beweisregeln dazwischen treten, dem richterlichen Ermessen (§ 249 jetzt § 259). Des von dem norddeutschen Entwurf dieserhalb ausdrücklich ausgesprochenen Vorbehalts bedarf es nicht.“ —

Solche positive gesetzliche Beweisregeln, von welchen hier die Rede ist, sind aufgestellt: Beim Urkundenbeweis §§ 380—383; beim Eid §§ 428. 429. 439; ferner in den §§ 150. 153 Abs. 2. 184 Abs. 2. 185 Abs. 2. 285. 402. 403 Abs. 2. 405 Abs. 2.

Besondere Folgen des Versäumens von Prozeßhandlungen sind ausgesprochen in den §§ 81. 129 Abs. 2. 161. 217 Abs. 4. 220. 221 Abs. 2. 241. 295. 296 Abs. 1. 316 Abs. 2. 392. 404 Abs. 3. 406 Abs. 3. 417 Abs. 2. 429. 430. 504 Abs. 2; ferner in § 16 Einf.-Ges. zur Civilprozeßordnung.

Hier sei noch bemerkt, und hebe ich dies besonders hervor, daß § 493 sich nur auf solche Fälle bezieht, in welchen eine Partei in der I. Instanz im Termine verhandelt hat, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebung nicht erklärt hat — § 299 —, und nicht auf die Fälle, in welchen gegen die Partei auf Grund ungehorsamen Ausbleibens oder Nichtverhandelns in der I. Instanz Versäumnißurtheil ergangen ist; denn: contumax non appellat. Vgl. hierüber § 299 in Verb. mit § 295 ff., 298 sowie § 493.

Bezüglich der Anwendung des § 493 auf die §§ 313 ff. (vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen u. dgl.) vergleiche man das oben zu § 491 unter der Rubrik „nova et noviter reperta“ von mir Ausgeführte — § 13 dieses Buchs S. 118 ff. —, wonach die Präklusion, welche auf Grund dieser in den §§ 313 ff. enthaltenen Bestimmungen erfolgt ist, nicht in die Berufungsinstanz hinüberwirkt. Vgl. auch zu § 493 von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 493 S. 582. Die unterlassene oder verweigerte Erklärung über die Eideszuschiebung kann nach § 493 in der Berufungsinstanz nachgeholt werden; hingegen die ausdrückliche Verweigerung der Eidesleistung oder das Ausbleiben im Schwurtermine

(§§ 429 u. 430) ist bindend für den Berufungsrichter und ist hier § 493 nicht anwendbar, sondern § 495. Vgl. auch Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 1 zu § 493 S. 348. Der Fall des Abs. 2 § 417 fällt in die Sphäre des § 493 (Zurückschiebung des Eides bei unzulässiger und daher unwirksamer Zurückschiebung) und nicht in die des § 495, welcher von der zulässigen und daher wirksamen Eideszurückschiebung handelt. Vgl. hierüber das weiter unten von mir Ausgeführte S. 130 ff.

Sehr treffend ist die Bemerkung Seuffert's Civilproz.ordn. Bem. 2 zu § 493 S. 558, daß das in I. Instanz gemäß § 129 fingirte Geständniß nach § 493 widerrufen werden könne, ohne daß die Voraussetzungen des § 263 vorliegen, da es eben kein Geständniß im Sinne des § 263 ist, kein gerichtliches Geständniß im prozessualischen Sinne. Vgl. auch zu § 493 von Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 493 S. 377. 378. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I u. II zu § 493 S. 514. Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 493 S. 454. 455. Vgl. auch: Entw. § 472. Nordd. Entw. § 790. Prot. 238. 239.

f.

Die Wirksamkeit des in I. Instanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses für die II. Instanz — § 494.

In Bezug auf das in I. Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß hinsichtlich seiner Wirksamkeit für die II. Instanz stellt § 494 in Verbindung mit den §§ 261 bis 263 den Satz auf:

„Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.“

Nach den Motiven zu §§ 473, 474 (jetzt §§ 494, 495) S. 307 ist der Grund dieser Bestimmung des Gesetzgebers der, daß die Civilprozeßordnung das gerichtliche Geständniß unter dem Gesichtspunkte der Disposition der Partei über das im Streit befindliche Objekt behandelt. Deshalb behält das in der I. Instanz abgelegte Geständniß seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß sich die Partei im Falle des § 252 Abs. 2, jetzt § 262 Abs. 2, darüber beschweren kann, daß das Gericht mit Unrecht in ihren Vorträgen ein Geständniß gefunden habe; auch darf die Partei zur Führung der ihr nach § 253 (jetzt 263) beim Widerruf des Geständnisses obliegenden Beweise der Unwahrheit und des Irrthums neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen. Vgl.

§§ 261—263. Vgl. auch Prot. S. 239, wonach es als möglich und zulässig anerkannt wurde, ein Geständniß, wenn es auch in I. Instanz unangefochten geblieben sei, in der II. Instanz zu widerrufen, wenn sich später Gründe zum Widerruf ergäben. Vgl. auch §§ 261, 262 und v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 494 S. 582, 583, die mit Recht hervorheben, daß das gerichtliche Geständniß in allen Fällen eine ausdrückliche einräumende Erklärung voraussetzt, daß das bloße Stillschweigen auf Erklärungen der Gegenpartei kein gerichtliches Geständniß bewirkt und daß das, was nach § 129 als zugestanden anzusehen ist, nur als ein fingirtes und kein wirkliches Geständniß erscheint. Vgl. auch zu § 494: Entw. § 473, Nordd. Entw. § 792, Prot. S. 238, 239, 559.

g. Wirkung der Annahme und Zurückschiebung eines Eides in I. Instanz, der Leistung, Verweigerung und Erlassung des Eides in I. Instanz — für die II. Instanz — § 495.

§ 495 lautet:

„Die in I. Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgericht für gerechtfertigt erachtet wird."

Mit anderen Worten: Im Gegensatz zu dem Falle der nichterfolgten bezw. verweigerten Erklärung auf einen zugeschobenen Eid, welche in Gemäßheit des § 493 in der Berufungsinstanz nachgeholt werden kann, behält die in I. Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides ihre Wirksamkeit auch für die II. Instanz. § 495 Abs. 1. In den früheren Gesetzesentwürfen (Bundesrathsentwurf) war in Absatz 1 des § 495 noch das Wort „Zuschiebung" enthalten, was jedoch später gestrichen wurde, weil die in I. Instanz erfolgte Eideszuschiebung, wenn sie in II. Instanz nicht wiederholt werde, für die II. Instanz ohne Bedeutung sei. Vgl. Prot. S. 733. Das versteht sich von selbst, daß, wenn die Annahme oder Zurückschiebung des Eides in I. Instanz eine an sich unzulässige und daher unstatthafte war, sie auch für die II. Instanz ohne Wirkung ist und daher unter § 493 fällt. Ueber die Wirksamkeit der Annahme oder Zu-

rückschiebung des Eides vgl. §§ 418, 419 Abs. 2, 422, 423, 433 Absatz 1.

Der Absatz 2 § 495 bestimmt sodann weiter, daß dasselbe (wie in Abs. 1 § 495) von der Leistung, Verweigerung, Erlassung eines Eides gilt, d. h. die Leistung u. s. w. behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz — §§ 428 Abs. 1, 429, 430, 495 Abs. 2, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet worden ist, von dem Berufungsgericht für gerechtfertigt erachtet wird.

Die Bestimmung des § 495 ergibt sich nach den Motiven aus der Vergleichsnatur des Eides. Vgl. Mot. S. 307 zu §§ 473. 474 (jetzt §§ 494. 495), welche weiter folgendes hierher Bezügliches besagen:

> „Hiervon (d. h. von der Bestimmung des § 474 Abs. 1, jetzt § 495 Abs. 1) verschieden ist die Frage, ob das Gericht aus diesen Folgen (der Eidesleistung, Eidesverweigerung u. s. w.) die weiteren Folgen für die Entscheidnng des Rechtsstreits richtig gezogen hat; und diese Feststellung, sowie die Entscheidung unter den Parteien über die Eideszuschiebung, deren Zulässigkeit oder über die Norm des Eides bestehenden Streites unterliegt der erneuten Prüfung des Berufungsgerichts.“ —

Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann nur in den Fällen des § 419 Abs. 2 — wenn neben der Eideszuschiebung noch andere Beweismittel geltend gemacht und diese anderen Beweise erhoben worden sind, so kann die Partei, welcher der Eid zugeschoben worden ist, eine bereits über die Eideszuschiebung abgegebene Erklärung wieder zurücknehmen — und des § 422 — (eine Zurückschiebung des Eides außer dem Falle des § 419 Abs. 2 ist auch dann widerruflich, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht — § 153 Reichsstrafgesetzbuch – rechtskräftig verurtheilt, oder wenn glaubhaft gemacht wird — § 266 C.P.O. —, daß der Prozeßgegner erst nach erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilnng Kenntniß erlangt habe) — widerrufen werden, was auch selbstverständlich für die Berufungsinstanz gilt. Das Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Schwurtermin (§ 430) bindet den Appellationsrichter nicht weniger als wie die ausdrückliche Eidesleistungsverweigerung — natürlich stets vorausgesetzt, daß in Gemäßheit des § 495 Abs. 2 das Berufungsgericht die Entscheidung des Erstinstanzgerichts, durch welche die Eidesleistung angeordnet

worden ist, für gerechtfertigt hält. Im Falle des Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Schwurtermine — § 430 — ist das ergangene Versäumnißzwischenurtheil, durch welches die Folgen der Versäumniß festgestellt worden sind, sei es, daß der Eid durch bedingtes Endurtheil, oder sei es, daß er durch Beweisbeschluß auferlegt worden ist, durch den Rechtsbehelf des Einspruchs anfechtbar, und ist die Berufung gegen dieses Urtheil nach § 474 Abs. 1 nicht zulässig, es sei denn, daß der sogenannte zweite Versäumnißfall des § 310 vorliegt, in welchem der Einspruch an sich nicht zulässig ist und nur dann im Wege der Berufung etwas zu erreichen ist, wenn sich die Berufung gegen das später ergehende Endurtheil darauf stützt, daß bei Erlassung des zweiten Versäumnißzwischenurtheils ein Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe und somit das Urtheil beschwerend sei. Ist nur der Einspruch zulässig, und wird derselbe nicht rechtzeitig eingelegt, so behält das Versäumnißzwischenurtheil seine Wirksamkeit auch in appellatorio. Im Falle der ausdrücklichen Verweigerung der Eidesleistung hingegen ergeht kein Versäumnißzwischenurtheil, sondern hier werden die Folgen der Eidesverweigerung im Endurtheil ausgesprochen. Die ausdrückliche Verweigerung der Eidesleistung kann in II. Instanz nicht dadurch reparirt werden, daß die Leistung des Eides nicht mehr verweigert wird, indem die Partei nachträglich erklärt, den Eid nunmehr leisten zu wollen. Dies ist nicht zulässig, und Abhülfe ist vielleicht nur so möglich daß im Wege der Berufung gegen das Endurtheil dem Appellationsgericht die Ueberzeugung beigebracht wird, daß die Entscheidung des Unterrichters, welche den Eid auferlegt, die Leistung des Eides angeordnet hat, in Rechten nicht begründet war. Etwas anderes ist es mit der Verweigerung der Erklärung über die Eideszuschiebuug in I. Instanz, diese Erklärung kann in Gemäßheit des § 493 in II. Instanz nachgeholt werden. Bemerkt sei hier auch noch im Hinblick auf § 495 Abs. 2, daß derselbe in Betracht kommt und Anwendung findet auf den zugeschobenen Eid, auf den richterlichen Eid (§ 437), auf den Schätzungseid (§ 260) und auf den Editionseid (§ 391).

Von selbst versteht es sich, daß, wenn durch ein bedingtes Endurtheil der Eid auferlegt ist und hiergegen nicht appellirt wird, sondern erst gegen das Purifikationsurtheil, es dem Appellationsgericht nicht mehr zusteht, zu prüfen, ob die die Leistung des Eides seiner Zeit angeordnet habende Entscheidung des Untergerichts in Rechten

begründet war, weil ja bereits ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt, auf Grund dessen das Purifikationsurtheil ergangen ist. Vgl. über die Berufung gegen Purifikationsurtheile § 3 dieses Buchs S. 20. — Unter der „Entscheidung", durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, hat man nicht nur End-, Theil- oder Zwischenurtheile zu verstehen, sondern auch einen etwaigen Beweisbeschluß, durch welchen die Leistung des Eides angeordnet ist. Vgl. Urtheil des Reichsgerichts III C.S. vom 30. Nov. 1880 Bd. III (1881) S. 365.

Vgl. über die vielen Detailfragen, welche sich noch bei der Interpretation des § 495 aufwerfen können, insbesondere: Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 465 S. 559 ff. v. Kries Rechtsmittel § 9 S. 174 ff. Mit Recht hebt Endemann Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 495 a. E. S. 413 als einen sich leicht in Folge der Bestimmung des § 495 Abs. 2 ergebenden Mißstand hervor, daß, wenn die Eidesauflage des Untergerichts, die nicht durch ein der Rechtskraft fähiges Urtheil erfolgte, vom Appellationsgericht als rechtswidrig, in Rechten nicht begründet erfunden wird, es möglich ist und sehr wohl sich zutragen kann, daß das Berufungsgericht nach dem in I. Instanz abgeleisteten Eid in appellatorio einen entgegengesetzten Eid auferlegt. Diese Klippe, bemerkt Endemann a. a. O., und stimmen wir demselben vollkommen bei, wäre vermieden, wenn die Eidesauflage stets in einem appellabeln Urtheil vor sich ginge. Vgl. §§ 425 u. 426, welch' letzterer insbesondere die Eidesauflage bespricht, welche durch Beweisbeschluß erfolgen kann und daher eine Ausnahme von der Regel des § 425 ist, wonach auf die Leistung des Eides durch ein bedingtes Endurtheil zu erkennen ist. Vgl. auch zu dieser Materie: Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 495 S. 349 ff. Puchelt Civilproz.ordn. II Anm. zu §§ 492 bis incl. 495 S. 336 ff. Uebel Civilproz.ordn. II Anm. 3 §§ 494, 495 S. 19. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 495 S. 455 ff. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.odn. (2. Aufl.) Bem. zu § 495 S. 583. 584. Vgl. ferner: Entw. § 474, Nordd. Entw. § 792. Prot. S. 239. 559. 773.

Als Anhang zu dem, was ich über die in den §§ 493, 494 u. 495 enthaltenen Bestimmungen dargelegt habe, will ich noch bemerken, daß in unserem Gesetzbuche, abgesehen von den in besagten Paragraphen enthaltenen Bestimmungen, weiter keine speziellen Vorschriften über das Fortwirken der in I. Instanz gepflogenen Beweisverhandlungen ge-

geben sind. Die Motive zu § 467 Abs. 1 (jetzt § 488 Abs. 1) S. 305 geben geeigneten Aufschluß über die Beantwortung der Frage, in wie ferne und in wie weit die Beweisverhandlungen, die in der I. Instanz gepflogen worden sind, von Bedeutung für die II. Instanz sind und für diese fortwirken —, indem sie bemerken, daß der § 467 Abs. 1 (jetzt § 488 Abs. 1) erkennen lasse, daß die Beweisverhandlungen der I. Instanz auch im Berufungsverfahren gelten, was jedoch in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten habe, weil eine regelmäßige Wiederholung des Zeugenbeweises durch das Berufungsgericht nicht gut ausführbar sei, daß gleichwohl aber, im Hinblick auf die Bestimmungen des § 464 (jetzt § 485) in Verbindung mit § 350 Abs. 1 (jetzt § 363 Abs. 1), die wiederholte Vernehmung von Zeugen angeordnet werden könne wie auch die Wiederholung des Sachverständigenbeweises. Vgl. Motive zu § 472 (jetzt § 493), insbesondere zu dem an dieser Stelle, d. h. bei Besprechung des § 472 (jetzt § 493) angezogenen § 467 Abs. 1 (jetzt § 488 Abs. 1) S. 305. 307. Vgl. ferner meine oben gemachten Ausführungen über diese Frage in § 11 dieses Buches S. 109.

Die Partei hat unter allen Umständen das Ergebniß der Beweisverhandlung mündlich vorzutragen, und ist von dem Appellationsrichter nur das bei Schöpfung seines Urtheils und etwaiger Anordnung von wiederholten Beweisaufnahmen in's Auge zu fassen, was mündlich vorgetragen worden ist. Vgl. Prot. S. 239 („Was nicht mündlich vorgetragen, worauf nicht Bezug genommen, das wisse der zweite Richter nicht."). Vgl. auch Struckmann u. Koch Civilproz.-ordn. (3. Aufl.) Bem. 5 zu § 495 S. 456. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 4 zu §§ 492 ff. S. 335. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 2 zu §§ 487. 488 S. 342. 343. Uebel Civilproz.ordn. II Anm. 1 zu § 491 S. 16. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 488 S. 577. 578. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu §§ 487. 488 S. 374. 375.

§ 15.

5) **Die besonderen Vorschriften über die Thätigkeit des Berufungsgerichts selbst insbesondere, welche enthalten sind in den §§ 496 bis einschließlich 503 C.P.O. und in den §§ 505 und 506 C.P.O. (abgesehen von den Vorschriften des § 504 C.P.O., die sich auf das Versäumnißverfahren beziehen) und welche sich fast ausschließlich mit dem von dem Berufungsgericht auf Grund der gepflogenen Berufungsverhandlungen zu erlassenden Urtheil beschäftigen, und zwar:**

a. **Besondere Vollstreckbarkeitserklärung eines Theils des Urtheils I. Instanz — § 496;**

b. **Prüfung der formellen Zulässigkeit der Berufung Seitens des Berufungsgerichts, und zwar von Amtswegen — § 497; Terminologie der Civilprozeßordnung in den verschiedenen Fällen der durch Urtheil ausgesprochenen Verwerfung der Berufung.**

a.
Besondere Vollstreckbarkeitserklärung eines Theils des Urtheils I. Instanz — § 496.

Unsere Prozeßordnung handelt in den §§ 496 bis einschl. 506 von der Thätigkeit des Berufungsgerichts als solchen, und an die Spitze dieser hiervon handelnden Prozeßvorschriften ist vom Gesetzgeber der § 496 gestellt, den wir daher auch hier zuerst in den Bereich unserer Erörterungen ziehen. § 496 lautet:

„Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt."

Nach gemeinem Civilprozeßrechte sowie auch nach der bei weitem größten Zahl von deutschen Partikularprozeßgesetzen tritt (im Gegensatz zum französischen Prozeßrechte, bei welchem erst die Einlegung der Appellation die Vollstreckbarkeit der Urtheile hemmt, code de proc. art. 457) die Rechtskraft der Urtheile erst ein, wenn die Nothfrist zur Anmeldung der Appellation unbenützt verstrichen ist; mit anderen Worten: nach gemeinem und meist auch partikularem Prozeßrecht hindert die Anmeldung des Rechtsmittels in der gesetzlichen Anmeldungs-(Noth-)Frist das Eintreten der Rechtskraft und die Vollstreckung derjenigen Urtheilsbestimmungen, gegen welche die Appella-

tion gerichtet ist, und somit auch die Vollstreckbarkeit (Prinzip des Suspensiveffekts). Für das gemeine Prozeßrecht vgl. Renaud Lehrbuch § 158. Vgl. auch die badische bürg. Prozeßordnung von 1864 § 1112.

Hiermit stimmt im Allgemeinen auch die Reichscivilprozeßordnung überein. Auch nach ihr ist in der Regel ein Urtheil erst mit dem Eintritt der Rechtskraft (im andern Sinn wie nach gemeinem Prozeßrecht — § 645 — vgl. auch § 1 dieses Buchs S. 3) vollstreckbar. Es gibt jedoch auch nach unserer Prozeßordnung, und zwar ausnahmsweise, Urtheile, welche vorläufig, d. h. vor Eintritt ihrer Rechtskraft, vollstreckbar sind. Vgl. über Rechtskraft § 645 C.P.O., vgl. über vorläufige Vollstreckbarkeit der noch nicht rechtskräftigen Urtheile §§ 648 bis einschl. 659 C.P.O. Der hier zu erörternde § 496 enthält nun eine Bestimmung, welche den Parteien die Möglichkeit gibt, die Vollstreckung von Urtheilen, soweit sie nicht mit dem Rechtsmittel der Berufung angefochten sind, zu erwirken. Nach den Motiven zu § 475 (jetzt § 496) S. 308 wurde die in § 496 enthvltene Bestimmung deshalb gegeben, weil das Recht der Prozeßparteien, die Anträge auf Abänderung des angefochtenen Urtheils erst bei der mündlichen Verhandlung zu stellen, eine Vorschrift erfordert, die in diesem Prozeßstadium die Feststellung der unangefochtenen Theile des Urtheils ermöglicht. Das fernere Recht der Parteien — führen die Motive a. a. O. aus —, die Anträge im Laufe der Verhandlungen noch zu erweitern, sowie das Recht des Berufungsbeklagten, sich erst später der Berufung durch Anträge auf Abänderung des Urtheils anzuschließen, ermögliche es nicht, der zu erlassenden Entscheidung den Charakter eines Fixirungsbeschlusses der Berufungsbeschwerden zu geben, den nicht angegriffenen Theil des Urtheils für rechtskräftig zu erklären, sondern derselbe könne nur aus obigen Gründen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden und zwar auf Antrag. Der § 496 bezieht sich nicht auf Urtheile, welche in I. Instanz unbedingt, d. h. ohne daß die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht wurde — § 452 — für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind — vgl. §§ 648—659 —, sondern hat nur die Urtheile im Auge, welche entweder nicht oder nicht unbedingt (d. h. nur unter der Bedingung der vorgängigen Sicherheitsleistung) vorläufig vollstreckbar sind. Eine durch den Erstinstanzrichter auf-

erlegte vorläufige Sicherheitsleistung ist daher zu beseitigen und dem unter dieser Bedingung in I. Instanz für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheile die unbedingte vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung zu ertheilen. Der § 496 hat hauptsächlich Billigkeitsrücksichten im Auge, da, wenn die in § 496 enthaltene Bestimmung nicht getroffen wäre, oft große Unzukömmlichkeiten sich herausstellen würden, weil in Folge des Suspensiveffekts der rechtzeitig eingelegten Berufung die Urtheile, welche durch die Berufung angefochten werden, vor Erledigung derselben nicht vollstreckt werden könnten und zwar ihrem ganzen Umfange nach auch nicht in den nicht durch die Berufung angegriffenen Theilen. Da die Berufungsanträge, wie bereits hervorgehoben, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erweitert werden können, so steht es von vornherein gar nicht fest, ob der Theil des Urtheils, der anfänglich nicht angefochten worden ist, vielleicht doch später angefochten wird. Aus diesem Grunde die nur vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung. Sehr richtig bemerkt Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 496 a. E. S. 351, daß, wenn in dem Momente, in dem der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gestellt wird, die in der Berufungsschrift (§ 479) gestellten Anträge bereits erweitert worden sind, die Anwendung des § 496 insoweit ausgeschlossen ist, als durch die späteren, allein maßgebenden Anträge das Urtheil als angefochten erscheint.

Das Gericht muß dem Antrag sofort entsprechen; denn in § 496 ist die gebietende Form: „ist vorläufig vollstreckbar zu erklären" gebraucht. Das versteht sich von selbst, daß die Entscheidung des Appellationsgerichts aufrecht erhalten bleibt, wenn auch im Verlauf der Verhandlung nachträglich die Anträge der Berufung (der Anschlußberufung) erweitert werden und sich dann auch auf die bereits vom Appellationsrichter für vorläufig vollstreckbar erklärten früher nicht angefochtenen Theile des Urtheils erstrecken. Der Antrag selbst, auf welchen die Bestimmungen der §§ 650 ff. nach dem Ausgeführten also nicht anzuwenden sein dürften — vgl. auch Gaupp Civilproz.ordn. III Bem. zu § 653 S. 146; von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 651 a. E. S. 746. Bem. 4 a. E. zu § 652 S. 748 — kann während dem ganzen Verlauf der Verhandlung gestellt werden, vorausgesetzt, daß der Berufungskläger seine Berufungsanträge vorgetragen hat. Der § 656, der ex professo freilich nur von dem Antrag auf die vorläufige

Vollstreckbarkeit des ganzen Urtheils handelt, findet entsprechende Anwendung, d. h. das Berufungsgericht hat über den gestellten Antrag vorab zu entscheiden, sonst wäre ja die Bestimmuug des § 496 rein illusorisch; die Bestimmung des § 486 findet hierbei keine Anwendung. Vgl. auch von Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 496 S. 584, ferner meine Ausführungen in § 9 S. 99 ff. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 3 Abs. 2 zu § 496 S. 457. Remelé Handbuch d. Civilproz. S. 281. 282. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 496 S. 424 ff. Gaupp Civilproz.ordn. II Anm. III zu § 496 S. 518 (der auch in Anm. II 3 a. a. O. richtig bemerkt, daß der Berufungsbeklagte die Anwendung des § 496 vereiteln kann, wenn er gegen die vom Gegner nicht angegriffenen Theile des Urtheils sofort die Anschlußberufung erklärt). Die Auffassung von Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 496 S. 544, wonach das Gericht erst am Schlusse der mündlichen Verhandlung über den Antrag zu entscheiden hätte, ist daher unrichtig.

Nach § 496 ist eine Anfechtung „dieser" Entscheidung nicht statthaft. Unter „dieser" Entscheidung ist offenbar nicht nur zu verstehen: die Entscheidung des Gerichts, die dem Antrag des Abs. 1 § 496 stattgibt, sondern auch die, die ihn verwirft. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 496 S. 425 a. E. — ist anderer Meinung. Er hält gegen die Zurückweisung des Antrags die Beschwerde nach § 530 für zulässig. Diese Behauptung Endemann's ist nicht stichhaltig, und schließe ich mich den Ausführungen Struckmann's u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 zu § 496 S. 457 an, welche in beiden Fällen (bei Stattgebung und Zurückweisung des Antrags) die Entscheidung für unanfechtbar erklären. Dies ergibt sich daraus, wie diese Autoren a. a. O. richtig ausführen, daß die Beschwerde nach § 530 nur gegen Entscheidungen stattfindet, welche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordern, während in § 496 eine solche vorausgesetzt wird, folglich auch die Zurückweisung des Antrags nicht durch Beschwerde anfechtbar ist, und zwar, meines Erachtens, nur aus diesem Grunde; denn im Uebrigen halte ich es nicht für richtig, daß, wie Struckmann u. Koch a. a. O. weiter ausführen, nach der allgemeinen Wortfassung schon die Entscheidung auch dann unanfechtbar sei, wenn sie den Antrag zurückweist. Die allgemeine Wortfassung: „eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt" — spricht vielmehr für die Ansicht

Endemann's, da man auf Grund der grammatischen Interpretation annehmen muß, daß unter „dieser Entscheidung" die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung, die das Berufungsgericht ealassen hat, gemeint ist. In den von Struckmann u. Koch a. a. O. aufgeführten Gesetzesstellen, bei welchen sie von einer ähnlichen Ausdrucksweise sprechen — z. B. § 291 Abs. 4. § 647 Abs. 2. § 656 Abs. 3 — ist nirgends das Demonstrativ-Pronomen gebraucht, sondern immer nur der bestimmte Artikel; es heißt nie: „dieser Beschluß", sondern stets: „der Beschluß". Da jedoch die grammatische Interpretation aus dem oben angegebenen Grunde, weil Beschwerde nur gegen Entscheidungen zulässig ist, die eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erheischen, nicht zum Ziele führt, so gelangt man in Anwendung der extensiv-logischen Interpretation zu dem Resultate, daß man den Ausdruck „diese Entscheidung" interpretirt im Sinne von „eine in dieser Beziehung ergehende Entscheidung, welche dem Antrag stattgibt oder ihn verwirft", und daß daher sowohl die eine oder andere Entscheidung nicht anfechtbar ist. Hiermit, mit dieser meiner Auffassung stimmt auch überein der Absatz 3 § 656, der wörtlich lautet:

„Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt." —

Der § 656 — siehe oben S. 137 ff. — findet unzweifelhaft seine analoge Anwendung auf § 496. In Abs. 3 § 656 ist ausgesprochen, daß unter keinen Umständen die in der einen oder anderen Richtung ergangene Entscheidung anfechtbar sei. Der § 656 in seinem Abs. 3 ergänzt und präzisirt den Abs. 2 § 496, dessen Redaktion jedenfalls keine sehr gelungene zu nennen ist. Im Uebrigen hat § 656 nichts mit dem Falle zu thun, wenn die Vollstreckbarkeitserklärung erstmals in der Berufungsinstanz beantragt wird — diese Frage fällt unter § 496 —, sondern damit, wenn die Vollstreckbarkeit für sich allein oder auch in Verbindung mit anderen Beschwerden den Gegenstand der Berufung bildet. Bildet die Vollstreckbarkeit für sich allein Gegenstand der Berufung, so kann man von einer Entscheidung „vorab" hierüber wohl nicht sprechen, es ergeht eben lediglich Urtheil über die Vollstreckbarkeit. Wird die Berufung wegen der Vollstreckbarkeit und in der Hauptsache eingelegt, so erfolgt die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit „vorab." § 656 Abs. 1. Durch die später eintretende Entscheidung in der Sache selbst ist es dann freilich möglich, daß das Urtheil, das über die vorläufige Vollstreckbarkeit vorab ergangen ist,

seine Bedeutung verliert — § 655 — und demgemäß außer Kraft tritt. In dem Falle der „vorab" erfolgenden Entscheidung ergeht solche offenbar nur als Zwischenurtheil. Die Entscheidung, soweit sie sich auf die vorläufige Vollstreckbarkeit bezieht, ist durch die Revision unanfechtbar. Im Falle sie alleiniger Gegenstand der Berufung war, so kann man das ihretwegen ergangene Endurtheil nicht mit der Revision anfechten, sowenig, wie man im andern Falle das dem Endurtheil vorausgegangene Zwischenurtheil durch Revision gegen das Endurtheil anfechten kann.

„Die Revision für diesen Streitgegenstand zuzulassen, würde — so sagen die Motive S. 400 — der Vergänglichkeit des Interesses der Parteien an demselben nicht entsprechen."

Findet in Gemäßheit des § 656 Abs. 1 vor dem Berufungsgericht Verhandlung und Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit „vorab" statt, so findet in diesem Falle § 486 keine Anwendung. Diese Verhandlung des § 656 Abs. 1 erscheint eben als eine Präjudizialverhandlung. Ist in Gemäßheit des Abs. 1 § 656 Entscheidung ergangen, so tritt im Falle des § 486 für die weitere Verhandlung Vertagung ein.

Der § 656 kann wohl eine crux interpretum genannt werden; er ist außerordentlich unklar, und habe ich in keinem der zahlreichen Kommentare befriedigende Erklärung gefunden. Vgl. v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 656 S. 750. 751. Gaupp Civilproz.ordn. III Bem. zu § 656 S. 148. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 656 S. 479. Endemann Civilproz.ordn. III Bem. zu § 656 S. 128. 129. Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 656 S. 602. 603. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausgabe 1881) III Bem. zu § 656 S. 19. 20. Vgl. auch Motive S. 400, die an großer Dunkelheit leiden. Prot. S. 344. 563. Hier eingehender, als geschehen, auf die Interpretation des § 656 einzugehen, würde uns zu weit von der uns gestellten Aufgabe abführen, zumal wir hierdurch veranlaßt wären, die einschlagenden Bestimmungen des Vollstreckungsverfahrens in den Bereich unserer Erörterungen zu ziehen.

Nach dieser Abschweifung kommen wir auf § 496 zurück. Sehr treffend unter eingehender Begründung bemerkt Hellmann Civilproz.-Ordn. (Neue Ausgabe 1881) II Bem. zu Abs. 2 § 496 S. 412, daß, wenn auch durch Abs. 2 § 496 die Anfechtung der Entscheidung über

die vorläufige Vollstreckbarkeit mit einem Rechtsmittel ausgeschlossen sei, gleichwohl §§ 647. 657 im gegebenen Falle Anwendung finden können. Die Entscheidung des § 496 ergeht nicht als Urtheil, sondern ist nur ein Beschluß, der gebührenfrei ist. Ger.-Kosten-Ges. § 47 Nr. 11. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. III zu § 496 S. 518. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 496 S. 584. Vgl. auch zu § 496: Entw. § 475. Nordd. Entw. § 796. Prot. S. 239. 559.

b.

Prüfung der formellen Zulässigkeit der Berufung Seitens des Berufungsgerichtes, und zwar von Amtswegen — § 497 —; Terminologie der Civilprozeßordnung in den verschiedenen Fällen der durch Urtheil ausgesprochenen Verwerfung der Berufung.

Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Frist und Form eingelegt ist. Wenn es an einem dieser Erfordernisse fehlt, so ist die Berufung als „unzulässig" zu verwerfen — § 497 —. Diese Prüfung hat von Amtswegen zu erfolgen, d. h. auch wenn der Gegner die Mängel der eingelegten Berufung nicht angegriffen oder auf die Bekämpfung der Berufung hinsichtlich dieser Mängel verzichtet hat: denn eine Partei kann nicht wirksam auf die Rüge solcher Mängel verzichten. — § 267 Abs. 2. §§ 477—479.

Der Grund, weßhalb die formelle Zulässigkeit der Berufung von Amtswegen geprüft wird, ist nach den Motiven S. 308 der: es ist für die Aufrechterhaltung des im öffentlichen Interesse festgesetzten Instanzenzugs Sorge zu tragen. Vgl. auch bezüglich der Prozeßvorschriften, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann, insbes. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 3 zu § 267 S. 323. Vgl. auch meine Ausführungen in § 14 dieses Buchs S. 126.

Diese von Amtswegen stattzufindende Prüfung des Berufungsgerichts betrifft:

1. Die Statthaftigkeit der Berufung überhaupt. Diese hängt ab von dem Charakter der durch das Rechtsmittel angegriffenen Entscheidung und findet ihre Beurtheilung auf Grund der Vorschriften, welche enthalten sind in den §§ 472. 473. 474. 248. 276. 562. 94. Unrichtig ist die Ansicht von v. Kries Rechtsmittel § 10 S. 190, wonach § 94 nicht hierher gehören soll, vielmehr eine Berufung, die

dem § 94 zuwider eingelegt worden ist, als „unbegründet" zurückzuweisen und nicht als „unzulässig" zu verwerfen sei.

2. Die gesetzliche Form der Einlegung der Berufung. Hier findet die Prüfung statt auf Grund des § 479 in Verb. mit §§ 192. 74.

3. Die gesetzliche Frist der Einlegung. Hier greift § 477 Platz.

(2. und 3. umfassen die Prüfung der ordnungsmäßigen Zustellung des Urtheils und der ordnungsmäßigen rechtzeitigen Einlegung des Rechtsmittels.)

Da zur gesetzlichen Form der Einlegung der Berufung auch die richtige Ladung gehört, ist die Berufung, welche bei einem unzuständigen Berufungsgericht eingelegt worden, von Amtswegen in Gemäßheit des § 497 als unzulässig zu verwerfen. —

Die Offizialprüfung des Gerichts erstreckt sich übrigens nicht, und greift demgemäß § 497 nicht Platz — auf die Wahrung der Frist des § 481. Wenn die Einlassungsfrist des § 481 nicht gewahrt ist, so ist aus diesem Grunde allein die Berufung nicht unzulässig. Vgl. auch meine Ausführungen in § 5 d. B. S. 66. — A. M. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 497 S. 426. Unrichtig ist jedenfalls auch die Ansicht von Uebel Civilproz.ordn. II Bem. 3 zu § 497 S. 20, wonach die Entscheidung der Frage, ob die Einlegung der Berufung von einer hierzu berechtigten Person erfolgt sei, unter § 497 fallen soll. Die Verwerfung der Berufung dürfte, wenngleich Uebel a. a. O. sich auf Bayer Vorträge 9. Aufl. § 307 S. 1011 beruft, welcher allerdings zu Gunsten seiner Auffassung spricht, im Falle sie von einer unberechtigten Person eingelegt worden ist, vielmehr in der Form: „Die Berufung wird als unbegründet zurückgewiesen" zu erfolgen haben. — Was insbesondere die Prüfung des Punktes anlangt, ob die Berufung in der gehörigen Frist und Form eingelegt worden ist, so ist es Sache der Parteien, da das Berufungsgericht zu dieser von Amts wegen zu erfolgenden Prüfung das Erforderliche nicht in vollständiger Weise in seinen Akten hat — es kennt ja weder den Tag der Urtheilszustellung noch den der Zustellung der Berufungsschrift — in der mündlichen Verhandlung die Insinuationsurkunden und dgl. zu produziren. Hier wirft sich nun die Frage auf, ob bei Prüfung der gesetzlichen Form der Berufungseinlegung auch die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung im Sinne der §§ 152 ff., insbesondere des § 164 in Be-

tracht zu ziehen und beim Mangel derselben die Berufung in Gemäßheit des § 497 als unzulässig zu verwerfen ist? Hierüber herrscht bei den verschiedenen Kommentatoren des Gesetzbuchs Streit, und will ich daher diese Frage eingehender behandeln. In den Motiven zu §§ 155 bis 157 (jetzt §§ 162 bis 164) S. 149 heißt es wörtlich:

„Während Zustellungen, welche den Rechtsstreit anhängig machen (Zustellung der Klage, Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers), notwendig an die Partei selbst oder die mit ihr identischen Personen (§§ 150—152, jetzt §§ 157—159) zu geschehen haben, dürfen, nachdem der Rechtsstreit einmal anhängig geworden, alle weiteren Zustellungen nicht mehr in gleicher Weise erfolgen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

Der Grund für die obligatorisch vorgeschriebene Zustellung an den Letzteren anstatt an die Partei liegt in der berechtigten Annahme, daß durch Ertheilung der Prozeßvollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebs begeben hat. Konsequenter Weise kann in solchen Fällen die ungerechtfertigte Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten nicht diejenigen Wirkungen (Beginn des Laufs der Nothfrist u. s. w.) äußern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten seyn würden.“—

Es wirft sich im Hinblick auf diese prägnanten Ausführungen der Motive die Frage auf: Kann die Partei auf die Geltendmachung der durch eine solche gesetzwidrige Zustellung erzeugten Ungültigkeit wirksam verzichten, und ist daher auch durch das Berufungsgericht in einem solchen Falle keine Prüfung über die z. B. an die Partei, anstatt an den Bevollmächtigten, erfolgte Zustellung von Amtswegen vorzunehmen und demgemäß auch die Berufung nicht auf Grund des § 497 von Amtswegen, sondern nur auf Antrag zu verwerfen?

Nach genauer Prüfung und besonders auch im Hinblick auf die Motive S. 149 trage ich keine Bedenken, diese Frage zu verneinen, da offenbar das Gesetz in § 497 unter der gesetzlichen Form die gesetzliche Form der Einlegung der Berufung, welche durch die gehörige Zustellung des Schriftsatzes erfolgt, versteht. Die Zustellung muß nun in den Formen und nach den Vorschriften der §§ 152 ff., insbesondere 164 geschehen. Da von Amts wegen zu prüfen ist, ob die Zustellung in der gesetzlichen Frist (Nothfrist) erfolgt sei, da die Wahrung der Nothfristen überhaupt von Amtswegen zu prüfen ist, so kann die Partei auch nicht auf die

Ordnungsmäßigkeit der Zustellung, durch welche die Nothfristen in Lauf gebracht werden, und welche nach §§ 162 u. 163 zu geschehen hat (d. h. wenn die Zustellung in einem anhängigen Prozeß — und die Berufung ist Fortsetzung eines anhängigen Prozesses — erfolgt), verzichten. (Bei Zustellungen, welche keine Nothfrist in Lauf setzen, kann die Partei auf die Rüge der ungiltigen Zustellung verzichten, wodurch die Beseitigung dieser Ungiltigkeit nach Abs. 1 § 627 eintreten kann.) Es tritt daher Abs. 2 § 267 in Geltung: das Berufungsgericht muß demgemäß stets von Amts wegen auf Grund des § 497 die Prüfung über die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung vornehmen und unter allen Umständen die Berufung, wenn die Zustellung den §§ 152 ff., 162, 163, 164 nicht entspricht, als „unzulässig" verwerfen. Sonstige Formmängel der Zustellung, welche die Nothfrist nicht berühren, insbesondere Verstöße gegen § 156 u. a., können durch Verzicht oder Unterlassung der Rüge geheilt werden. Das Gericht hat sie nur dann ex officio zu prüfen, wenn der Berufungsbeklagte im Termin ausgeblieben ist und deshalb gegen ihn kontumazirt werden soll. Vgl. hierüber insbes. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 497 S. 585. Bem. 5 zu § 267 S. 351. Hellmann Civilproz.ordn. (neue Ausg. 1881) II Bem. 5 Note 1 zu § 267 S. 111. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 6 zu § 162 S. 163, 164. Bem. 3 zu § 164 S. 166. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. zu § 497 S. 518. I Bem. I zu § 164 S. 445, Bem. III zu § 162. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu § 267 S. 77. A. M. Endemann Civilproz.ordn. I Bem. zu § 162 S. 540. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) Bem. zu § 497 S. 351; I (2. Aufl.) Bem. zu § 267 S. 456 ff., 460 und Struckmann u. Koch (3. Aufl.) Bem. 7 zu § 267 S. 249. — Vgl. auch meine Ausführungen zu § 5 d. B. S. 53 ff.

Die Prüfung, die auf Grund des § 497 von Amts wegen stattzufinden hat, erstreckt sich natürlich auch auf die Anschlußberufung. Hier ist zu untersuchen, ob die Hauptberufung rechtsgiltig eingelegt ist, ob sie noch zu Recht besteht, ob die Anschlußberufung als selbständige Berufung wirksam sein kann. Vgl. auch Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 497, 498 S. 339. Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 5 zu § 497 S. 458. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 497 S. 426. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 497 S. 520.

Die Prüfung des Berufungsgerichts von Amts wegen erfolgt erst, nachdem mündliche Verhandlung gepflogen worden ist. Es ist jedoch, da das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, nicht nothwendig, daß der Berufungsbeklagte ausdrücklich den Antrag auf Verwerfung der Berufung als „unzulässig" stellt; es genügt, wenn er überhaupt nur die Begründetheit der Berufung anficht und deren Abweisung beantragt, sei es aus formellen oder lediglich materiellen Gründen. Dem Gericht ist es anheimgegeben, verschiedene Wege einzuschlagen: entweder nimmt es die Prüfung vor, indem es die zu untersuchenden hierher bezüglichen Fragen mit der Verhandlung über die Hauptverhandlung verbindet, oder es nimmt eine Trennung der Verhandlung vor; es kann entweder die Frage über die formelle Zulässigkeit der Berufung mit dem Urtheil über die Hauptsache verbinden und hat in diesem Falle, wenn es die Berufung als unzulässig erachtet, dieselbe durch Endurtheil als unzulässig zu verwerfen — oder es kann bei Trennung der Verhandlung oder bei ungetrennter Verhandlung die Statthaftigkeit der Berufung durch Zwischenurtheil entscheiden. Der Berufungsbeklagte hat übrigens im Hinblick auf § 490 Abs. 2 kein Recht, die abgesonderte Verhandlung zu verlangen. Vgl. Motive zu § 476 (jetzt § 497) S. 308.

Gegen die Verwerfung der Berufung als unzulässig durch ein Oberlandesgericht ist stets ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes das Rechtsmittel der Revision gegeben. § 509 Nr. 1. In den Motiven a. a. O. § 308 ist auch noch hervorgehoben, daß im Falle des § 497 die von Amts wegen einzutretende Prüfung wie in den gleichen Fällen der §§ 296. 513. 528 Abs. 1 (jetzt §§ 306. 529. 537. 552 Abs. 1) deshalb immer erst nach mündlicher Verhandlung zu erfolgen habe, weil der Gegner wegen Ausübung seines Anschließungsrechts interessirt sein kann, daß mündliche Verhandlung stattfindet, und ihm dieses Recht nicht von vornherein abgeschnitten werden darf, und weil die Verweigerung der Terminsbestimmung und Verhinderung der zur Erhaltung des Rechtsmittels erforderlichen Zustellung das Rechtsmittel demjenigen, der davon Gebrauch machen will, unwiederbringlich entzogen würde. Eine Verwerfung der Berufung ohne mündliche Verhandlung per decretum, d. h. im Wege der Terminsverweigerung, ist unzulässig und durch das Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbar. §§ 530. 306. 529. 537. 552 Abs. 1. Motive a. a. O. S. 308.

Wenn das Gericht die Berufung als unzulässig verwirft, so ist im Urtheil die Frage, ob dasselbe materiell begründet sei, nicht zu erörtern. Das Endurtheil, das, im Falle es an einem der oben besprochenen Erfordernisse der Berufung fehlt, auf Grund des § 497 zu ergehen hat, wird in der Form erlassen: „Die Berufung wird als unzulässig verworfen." — „Unzulässig" ist gleichbedeutend mit „formell unzulässig", im Gegensatz zu „unbegründet", d. h. „materiell unbegründet".

Hier dürfte es am Platze sein, auf die Terminologie der Civilprozeßordnung in den verschiedenen Fällen der durch Urtheil ausgesprochenen Verwerfung der Berufung einzugehen. Die Civilprozeßordnung hat keine strenge Terminologie; namentlich sagt sie nicht, wie das Urtheil zu formuliren ist, wenn die Berufung als materiell unbegründet erachtet wird. Bemerkt sei hier, was sich auch von selbst versteht, daß, obgleich es sich aus dem Urtheilstenor ergeben soll, ob die Berufung als unzulässig oder unbegründet erachtet und aus dem einen oder anderen Grunde verworfen worden ist, dies doch nicht wesentlich ist, da die Urtheilsgründe den Ausschlag geben. Vgl. hierüber Gaupp Civilprozeßordn. III Bem. 3 zu § 497 S. 520, Petersen Civilprozeßordn. II (1. Aufl.) Bem. 2 zu § 497 S. 352. Die Verwerfung des Rechtsmittels als „unbegründet" hebt die Anschließung des Gegners nicht auf; diese bleibt aufrecht erhalten. Bei der Verwerfung des Rechtsmittels als „unzulässig" verliert die Anschließung ihre Wirkung. § 483 Abs. 1. Bei der Verwerfung der Berufung als „unzulässig" (§ 497) ist die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes statthaft. § 509 Nr. 1.

Wird die Berufnng hingegen als „unbegründet" verworfen, so findet Revision nur statt bei Vorhandensein der Revisionssumme. § 508, arg. § 509 Nr. 1. Vgl. auch meine Ausführ. in § 12 d. B. S. 113. — Wenn v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 497 S. 585 im Hinblick auf den Umstand, daß die Prozeßordnung für den Fall, daß die Berufung für „unbegründet" erachtet wird, keinen technischen Ausdruck für die Formulirung des Urtheils hat, die Formel „die Berufung wird zurückgewiesen", weil sie mehr der Terminologie der Prozeßordnung, schon mit Rücksicht auf die Bezeichnung „Berufungskläger" angewendet wissen wollen, so kann ich dem nicht zustimmen. Wenn es auch im Allge-

meinen richtig ist, daß die Prozeßordnung bei den sachlich, materiell unbegründeten Berufungen den Ausdruck „die Berufung ist zurückzuweisen" gebraucht (bei formeller Unbegründetheit oder wegen mangelnder Sicherheitsleistung — § 105 — „die Berufung ist als unzulässig zu verwerfen", bei der Zurücknahme des Rechtsmittels ist die Partei des Rechtsmittels für „verlustig" zu erklären), so kann ich dem doch nicht gut zustimmen, weil ich diese Formel für zu vag und allgemein halte. Es dürfte sich wohl eher die Formel empfehlen: „Die Berufung wird, unter Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils, als unbegründet zurückgewiesen oder verworfen." Darin dürfte Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. 2 zu § 505 S. 349 beizustimmen sein, daß die Urtheilsformel die Bestätigung oder Abänderung des ersten Urtheils auszusprechen habe, sofern nicht nach § 497 die Berufung als unzulässig verworfen oder gemäß § 501 das erste Urtheil aufgehoben oder in Gemäßheit des § 504 beim Ausbleiben des Berufungsklägers die Berufung durch Versäumnißurtheil zurückgewiesen wird. Im Falle die Berufung durch Versäumnißurtheil zurückgewiesen wird, kann wohl auch die Formel „die Berufung wird als versäumt verworfen (zurückgewiesen) gebraucht werden. Vgl. Siebenhaar Civilprozeßordn. Bem. zu § 509 S. 508.

Ueber die Formel des Urtheils, wenn der Verlust des Rechtsmittels wegen Zurücknahme der Berufung ausgesprochen wird, vgl. meine Ausführ. in § 6 d. B. S. 74. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 509 S. 599. Bem. zu § 526 S. 615.

Ist die Zulassung der Berufung durch Zwischenurtheil ausgesprochen, so kann dieses nur im Wege der Revision gegen das Endurtheil — § 510 — angefochten werden. Wird durch die Verwerfung der Berufung als „unzulässig" das Verfahren in appellatorio beendigt, so ist gegen das Urtheil die Revision gegeben, § 507 ff. Stets wird das Verfahren in appellatorio jedoch durch die Verwerfung der Berufung als „unzulässig" nicht beendigt, namentlich dann nicht, wenn der Berufungsbeklagte sich innerhalb der Berufungsfrist der erhobenen Berufung angeschlossen hat, und deßhalb so angesehen wird, als habe er selbständige Berufung eingelegt, — § 483 Abs. 2 —. In diesem Falle kann die prinzipale Berufung im Wege des Theilurtheils oder auch Zwischenurtheils als unzulässig

verworfen werden und über die als selbständige Berufung aufzufassende Adhäsion des Appellaten weiter verhandelt werden. Vgl. über die Adhäsion § 7 d. B. S. 80 ff. Einen besonderen Fall der Verwerfung der Berufung behandelt noch § 105 C.P.O —, wenn der Berufungskläger der Auflage, innerhalb bestimmter Frist Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten, nicht nachgekommen ist, so ist sein eingelegtes Rechtsmittel auf Antrag zu verwerfen. Vgl. auch Puchelt Civilproz.ordn. I Bem. 5 zu § 105 S. 350. 351. Auf den § 105 ist § 497 nur in soweit analog anzuwenden, als Antrag auf Verwerfung gestellt wird. Vgl. auch zu § 497 Entw. § 476. Nordd. Entw. § 799. Prot. S. 238. 239. 559.

Schließlich will ich noch Folgendes hervorheben. Im Falle die Berufung auf Grund des § 497 als unzulässig verworfen worden ist, fragt es sich, ob die Berufung von Neuem eingelegt werden kann. Hier ist, ohne daß es darauf ankömmt, ob das Berufungsurtheil rechtskräftig geworden ist oder nicht, zu unterscheiden, ob der Mangel in der Zustellung des Urtheils lag — die Berufung wurde z. B. eingelegt, ohne daß das Urtheil zugestellt war — oder ob der Mangel an der Einlegung der Berufnng (§ 479) lag; im erstern Falle ist, wenn durch ordnungsmäßige Zustellung des Urtheils die Berufungsfrist in Lauf gebracht wird, innerhalb derselben stets die Einlegung einer neuen Berufung möglich; im letzteren Falle (wenn das Urtheil zwar zugestellt, aber wesentliche Requisite der Berufungseinlegung nicht eingehalten sind) ist eine neue Berufung nur dann noch möglich, wenn die Frist zur Berufungseinlegung noch nicht verstrichen ist. Vgl. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 2 zu § 497 S. 352. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. III zu § 497 S. 520.

Wird eine Berufung als unbegründet, d. h. als materiell unzulässig, zurückgewiesen, so ist nur im Wege der Revision, soweit solche statthaft, zu helfen. Wenn auf Grund der Zurücknahme der rechtlich noch nicht wirkungsvoll eingelegten Berufung der Berufungskläger des Rechtsmittels für verlustig erklärt wird, so steht das in dieser Richtung ergangene Urtheil, weil ja die Zurücknahme der Berufung im gedachten Falle gegenstandslos war, der späteren wirkungsvollen Einlegung der Berufung nicht im Wege. Vgl. hierüber Urtheil d. Großh. bad. Oberlandesgerichts Karlsruhe III C.S. vom 31. Jan. 1881 (Annalen d. Großh. bad. Gerichte Bd. 47 (1881) Nr. 10 III S. 148. 149. Vgl. meine Ausführ. in § 6 S. 74 f.

§ 16.

c) **Die Grenzen des dem Berufungsgericht zustehenden Rechts auf Abänderung des Urtheils erster Instanz (Ausschluß der reformatio in pejus) — § 498.**

d) **Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts — § 499.**

c.
Die Grenzen des dem Berufungsgericht zustehenden Rechts auf Abänderung des Urtheils erster Instanz (Ausschluß der reformatio in pejus) — § 498.

Wenn die Berufung als zulässig und auch als materiell begründet erscheint, so ist eine Abänderung des Urtheils der I. Instanz doch nur insoweit zulässig, als eine solche beantragt ist. Dies bestimmt § 498 in Vbd. mit § 480 Abs. 2. 484 Abs. 2. 487. Die Motive zu § 477 (jetzt 498) S. 309 besagen mit Recht, daß der § 477 (jetzt § 498) die Schranke für den Devolutiveffekt der Berufung bildet. In § 498 ist der der Verhandlungsmaxime entsprechende Grundsatz ausgesprochen, daß der Richter in der Urtheilsfällung nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen darf. Vgl. auch § 279. Da nicht ultra petita partium erkannt werden darf, so ist eine reformatio in pejus appellantis nicht zulässig, es sei denn, daß der Berufungsbeklagte selbst appellirt hat (Coappellation) oder im Wege der Adhäsion sich der Berufung angeschlossen hat, in welchen beiden Fällen der Berufungsbeklagte genügend gegen das ihn etwa beschwerende Urtheil geschützt ist und eine Abänderung des Urtheils zum Nachtheile des Appellanten erzielen kann.

Man kann dies jedoch nicht eine reformatio in pejus im Sinne des Prozeßrechts, namentlich des gemeinen Prozeßrechts nennen, wonach (abgesehen von den Fällen der sog. Appellationsgemeinschaft — Coappellation und accessorischen Adhäsion — bei welchen nicht wohl von einer reformatio in pejus appellantis gesprochen werden kann, da ja beide Theile appellirt haben, bezw. an die Appellation von Seiten des Berufungsbeklagten adhärirt worden ist) das Urtheil der I. Instanz zum Nachtheile des Appellanten abgeändert werden kann — eigentliche reformatio in pejus appellantis —, wenn dem Appellaten keine Gelegenheit gegeben war, seine ihm zustehenden Beschwerden selbst geltend zu machen — hier soll nach der communis opinio der Appellationsrichter von Amtswegen die sich

aus den Akten ergebenden berücksichtigen —, ferner, wenn es sich um die Entscheidung eines Punktes handelt, in Ansehung dessen der Richter in Berücksichtigung der guten Sitte und der öffentlichen Ordnung, der salus publica, das materielle Recht zu wahren hat, insbesondere um das Ausschwören von unnützen, von dem Erstinstanzrichter auferlegten Eiden zu hindern —, endlich, wenn die Entscheidung über den Kostenpunkt in Betracht kommt. Diese reformatio in pejus appellantis im eigentlichen Sinne, wie sie das gemeine Recht kennt, ist der Reichscivilprozeßordnung fremd. Für das gemeine Prozeßrecht vgl. Renaud Lehrbuch (2. Aufl.) § 180 S. 558 ff. von Bayer Vorträge (9. Aufl.) §§ 325 ff. Wetzell System (3. Aufl.) § 56 S. 745 ff. Die bad. Prozeßordnung von 1864 hat dieselben Grundsätze wie die Reichscivilprozeßordnung. Vgl. § 1100 d. bad. bürg. Prozeßordn. von 1864.

In den Sitzungen der Reichstagskommission wurde beantragt, eine Abänderung des Urtheils I. Instanz in pejus appellantis dann eintreten zu lassen, wenn das Berufungsgericht zwar die Einwendungen des Appellanten gegen das Erstinstanzurtheil für begründet erachte, aber bei Prüfung der Sache zu anderen demselben noch ungünstigeren Konsequenzen gelange, weil man sonst das Gericht nöthige, eine in sich völlig unlogische Entscheidung zu geben. Insbesondere wurde der Antrag gestellt, daß das Berufungsgericht auch ohne Parteiantrag berechtigt sein solle, gesetzwidrige oder unnöthige Eidesauflagen zu beseitigen. (Vgl. § 431, welcher in letzter Beziehung eine gewisse Abhülfe getroffen hat und selbstverständlich auch für die Appellationsinstanz gilt.)

Diese Anträge wurden jedoch abgelehnt, und der § 498 in seiner jetzigen Fassung aufrecht erhalten. Vgl. Prot. S. 241. Als Gründe der Ablehnung wurde unter anderen vom Abgeordneten Dr. Schwarze geltend gemacht: durch die Annahme dieser Anträge schaffe man etwas der Dispositionsmaxime Widersprechendes; wenn der Oberrichter über den Antrag des Appellanten hinausgehe, so mache er sich zum Dominus litis; es sei nicht Aufgabe der II. Instanz, eine allseitig erschöpfende, materiell richtige Entscheidung zu geben, sondern nur zu erkennen, ob die Appellationsbeschwerden begründet oder nicht begründet seien; das weitgehende Anschließungsrecht gewähre dem Berufungsbeklagten hinreichenden Schutz gegen die ihm durch das Urtheil gewordene Beschwerde. Vgl. Prot. S. 242. 243. Vgl. insbes. zu § 498: Hell-

mann Civilproz.ordn. (Neue Aufl. 1881) II Bem. zu §§ 498. 499. S. 415 ff. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I. II zu § 498 S. 520, 521, welcher unter anderem richtig bemerkt, daß eine Abänderung in pejus appellantis ohne einen Anschließungsantrag auch dann nicht zulässig ist, wenn es sich um Verletzung von Vorschriften handelt, über deren Befolgung das Gericht von Amtswegen zu wachen hat, daß diese vielmehr nur insoweit von Amtswegen zu beachten sind, als der Streit an den Berufungsrichter devolvirt ist. Remelé Handbuch § 72 S. 282. 283. v. Wilmowski und Levy Civilproz.-Ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 498 S. 585. 586 u. Bem. 5 zu § 560 S. 657. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. I. 1 u. 2 zu § 498 S. 353 u. 354. Struckmann und Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 498 S. 458. 459. v. Kries Rechtsmittel § 10 S. 191 ff. insbes. Anm. 99, die weitgehende Detailausführungen enthält. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 498 S. 379. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu §§ 498. 499 S. 562 ff.

Mit Recht und überzeugend thun von Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 586 dar, daß unter den Berufungsanträgen immer nur die Anträge zu verstehen sind, die sich auf den Tenor der angefochtenen Entscheidung des Erstinstanzgerichts beziehen, nicht auf die Begründung dieser Anträge, und daß hinsichtlich der Begründung der Appellationsrichter nicht an die rechtliche, sondern nur an die thatsächliche Begründung in den Ausführungen der Streittheile gebunden ist. Inwieweit eine Abänderung begehrt wird, ergiebt sich lediglich aus der Stellung der den Tenor des Erstinstanzurtheils angreifenden in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Anträge. Da die rechtliche Begründung dieser Anträge das Gericht in keiner Weise bindet, so sind die Ausführungen von Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. zu § 498 S. 496. 497 auch nicht zutreffend, wenn er meint, das Gericht habe, wenn auch eine spezielle rechtliche Begründung nicht gerade gefordert werde, gleichwohl bei seiner Entscheidung doch nur solche Momente zu berücksichtigen, welche ihm mündlich vorgetragen worden sind. Dies trifft offenbar nur hinsichtlich der thatsächlichen Begründung der Berufungsanträge zu. Der Fall, den Siebenhaar a. a. O. S. 497 anführt, daß ein von dem Untergericht durch Urtheil auferlegter zugeschobener Eid, der hinsichtlich des Beweises einer Replik zugeschoben worden ist, die zur Elidirung einer vom Untergericht für bewiesen erachteten Einrede vorgetragen

wurde, unter Umständen wegfällt, wenn der Kläger seine Beschwerde darein setzt, daß die Einrede für bewiesen erachtet wurde, und sie nicht gerade speziell gegen den auferlegten Eid richtet, und das Berufungsgericht zu Gunsten des Klägers reformirt — enthält nichts Besonderes, da ja der Kläger jedenfalls die Berufung gegen den Urtheilstenor richtet, und die Beschwerde dagegen, daß das Urtheil des Untergerichts die Einrede für bewiesen erachtet hat, nur die Begründung seiner Berufung enthält und kein Berufungsantrag ist. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß das Berufungsgericht bei der Beurtheilung des Falls nicht an die rechtliche Begründung gebunden ist und im vorwürfigen Falle den über die Replik erkannten Eid beseitigen kann, worin auch nicht einmal der Schein einer reformatio in pejus liegt. Es ist daher auch ganz richtig, wenn Gaupp a. a. O. S. 521 a. E. bemerkt, es sei eine Interpretationsfrage, ob in einem ausdrücklich gestellten Antrage gewisse Konsequenzen stillschweigend inbegriffen seien. In dem angeführten Falle Siebenhaar's a. a. O. dürfte in dem ausdrücklich gestellten Antrag, das Urtheil abzuändern, weil die Beschwerde darin liege, daß die Einrede als bewiesen angenommen worden sei, auch konsequenter Weise der Antrag stillschweigend auf Beseitigung des Eides enthalten sein, bezw. in der ausdrücklichen Begründung — und was Siebenhaar hier unter Antrag versteht, ist offenbar nur Begründung des Antrags — die Einrede sei unrichtiger Weise als bewiesen angenommen worden, dürfte auch die stillschweigende Begründung, daß unrichtig auf Ausschwörung des über die Replik zugeschobenen Eides erkannt worden sei, liegen, und zwar in konsequent logischer Folge aus der expressis verbis erfolgten Begründung. Insofern ist es ganz richtig, was Gaupp a. a. O. S. 521 a. E. bemerkt, daß es eine Interpretationsfrage sei, ob in einem ausdrücklich gestellten Antrage gewisse Konsequenzen stillschweigend inbegriffen seien. Allein nicht richtig ist die Ansicht Gaupp's, wenn er mit dieser Behauptung die Zulässigkeit der reformatio in pejus appellantis im eigentlichen Sinne unter Umständen gelten lassen will, was den Anschein dadurch gewinnt, daß er sich auf Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 498 S. 427 f. beruft.

Eine reformatio in pejus appellantis im eigentlichen Sinne ist absolut unzulässig. Ich verweise auf die eingehenden Ausführungen der oben S. 151 citirten Kommentare, denen ich nicht viel

beizufügen habe, da ich die in denselben enthaltenen Darlegungen theile. Ich muß jedoch im Anschluß an die bezeichneten Kommentare die in den Sitzungen der Reichstagskommission (Prot. S. 241 bis einschl. 243) gebrauchten Beispiele auch hier dem Leser vorführen, um volle Klarheit in der Sache zu geben. Diese Beispiele sind:

1) Das Erstinstanzgericht weist die Klage auf Grund einer dilatorischen Einrede zur Zeit ab; das Appellationsgericht aber gelangt auf Berufung des Klägers zur rechtlichen Anschauung, daß die dilatorische Einrede nicht begründet sei, erhebt über die Klage Beweis und gelangt zum Schlusse, daß der Klageanspruch selbst auf Grund mißlungenen Beweises abzuweisen sei. Das Appellationsgericht kann die Klage nicht pure abweisen, wenn es nicht im Wege der Coappellation oder Adhäsion beantragt ist.

2) Das Erstinstanzgericht erachtet die Klage für begründet, erhebt Beweis und erkennt auf Ausschwörung des Haupteides durch den Beklagten. Das Berufungsgericht erachtet zwar auf die Berufung des Klägers, der sich beschwert fühlt, weil sein Beweis nicht für geführt erachtet oder ihm selbst nicht ein richterlicher Eid auferlegt worden ist, den Beweis durch den Kläger für geführt, aber die Klage selbst nicht für begründet. Es kann jedoch nicht ohne Coappellation oder Adhäsion auf Abweisung der Klage erkannt werden, sondern das Berufungsgericht hat den Beklagten zu verurtheilen.

3) Wenn das Appellationsgericht in demselben Falle aber auch den Beweis durch den Kläger nicht für geführt erachtet, so hat das Berufungsgericht (wenn nicht Gegenantrag vorliegt) das Eidesurtheil aufrecht zu erhalten.

Vgl. insbes. auch v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 498 S. 585, 586, welche treffend bemerken, daß der Appellationsrichter in allen diesen (und noch anderen — siehe v. Wilmowski und Levy a. a. O. —) Fällen zum Nachtheile des Berufungsklägers (vorausgesetzt, daß keine Coappellation oder Adhäsion vorliegt) nur bis zur Zurückweisung der Berufung oder Bestätigung des Urtheils gelangen kann. Vgl. auch Prot. S. 241—243. Vgl. insbes. v. Kries Rechtsmittel § 10 S. 192 f. Note 99. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 498 S. 547 f. Wie schon oben S. 152 angedeutet, halte ich die Auffassung Endemann's Civilproz.ordn. Bem. zu § 498 S. 427, 428 für unrichtig; er hat die Meinung, es sei bei der Fassung des § 498 in der Justiz-

kommission zwar abgelehnt worden, der Befugniß freierer logisch-juridischer Folgerung Ausdruck zu verleihen, gleichwohl sei aber nicht entschieden die andere Ansicht gebilligt worden, die Vertröstung auf die Befugniß der Anschlußberufung sei unzulänglich, die ganze Frage sei vielmehr der Praxis offengehalten worden. Dies ist jedoch unrichtig, die Motive S. 310 selbst weisen darauf hin, daß Endemann's Meinung keinen Boden im Gesetze hat; das Gleiche ergibt sich auch aus den Protokollen S. 241—243. Wäre im Anschluß an das von ihm Ausgeführte die Auffassung Endemann's a. a. O., daß nur über den quantitativen Inhalt der Anträge nicht hinausgegangen werden dürfe, daß hingegen bezüglich der Qualität des formellen Antrags das Gericht, wie in der I. Instanz, so auch in appellatorio bezüglich der rechtlichen Beurtheilung frei sein müsse — in dieser Allgemeinheit richtig, so wäre auch unter Umständen die reformatio in pejus appellantis zulässig, namentlich, wenn man mit Endemann allgemein annimmt, daß ein unrichtig auferlegter Eid (auch in pejus appellantis) in Wegfall zu kommen haben dürfte. Wenn auch es unter Umständen der Logik geradezu widerstreitet, nicht alle sich aus den Anträgen ergebenden Konsequenzen zu ziehen, so entspricht dies doch einzig und allein der Dispositionsmaxime, zumal sonst, wie der Abgeordnete Dr. Schwarze — Prot. S. 248 — richtig bemerkt hat, der Appellationsrichter, dessen Aufgabe es nur sei, zu erkennen, ob die Beschwerden des Appellanten begründet seien oder nicht, sich zum dominus litis machen würde. Dies kann der Gesetzgeber, der gerade auf die Aufrechterhaltung der Dispositionsmaxime in seinem Gesetzeswerke ein so großes Gewicht gelegt hat, gewiß nicht gewollt haben. Vgl. zu § 498 Entw. § 477, Nordd. Entw. § 800. Prot. S. 241—243.

d.

Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts — § 499.

Im engen Anschluß an § 498 und diesen weiter ausführend, besagt sodann der § 499, welcher den Devolutiveffekt des Rechtsmittels der Berufung regelt und demselben seine Norm vorzeichnet, daß Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte sind, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst

wenn über diese Streitpunkte in I. Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden worden ist; daß das Berufungsgericht ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erlassen hat; daß dasselbe ein in I. Instanz erlassenes bedingtes Urtheil erledigen kann, wenn die Berufung zurückgewiesen (d. h. materiell verworfen) ist.

Zur Erläuterung des § 499 sei Folgendes bemerkt: Die Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts erstreckt sich nur auf den zu- oder aberkannten Anspruch und darf sich nicht über denselben hinauserstrecken. Eine Devolution findet aber nur insoweit statt, als die Berufungsanträge sich auf die Verhandlung und Entscheidung der I. Instanz bezüglich dieser Anträge beziehen. Wenn über einen Anspruch vom Untergericht nicht entschieden worden ist, d. h. wenn das mit dem Rechtsmittel der Berufung wegen anderer zu- oder aberkannter Ansprüche angefochtene Urtheil des Erstinstanzrichters nicht über einen solchen übergangenen Anspruch ergangen ist, so ist dieser Anspruch natürlich nicht Gegenstand der Verhandlung des Berufungsgerichts, sondern der hierdurch Beschwerte hat nur das Recht, beim Untergericht, beim Erstinstanzgericht, den Antrag auf Ergänzung des Urtheils in Gemäßheit des § 292 zu stellen: Denn ein Rechtsstreit darf nicht in der Berufungsinstanz verhandelt werden, welcher nicht in der I. Instanz verhandelt worden ist. Ist ein zu- oder aberkannter Anspruch, d. h. ein in der Appellationsinstanz nach den Parteianträgen sich bildender status controversiae, dessen Gegenstand ein vom Erstinstanzrichter zu- oder aberkannter Anspruch ist, Gegenstand der Berufung, so unterliegt ausnahmslos der gesammte Stoff des Rechtsstreits der Prüfung und Entscheidung des Appellationsgerichts. Die Motive zu § 478 (jetzt § 499) S. 309 führen das ausdrücklich aus und fügen wörtlich bei:

> „auch wenn die einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel in I. Instanz nicht gewürdigt oder überhaupt erst in der Berufungsinstanz vorgebracht sind" —.

Sie fahren fort:

> „Diese Grundsätze ergeben sich aus der Natur des angegriffenen Urtheils, welches als Endurtheil nicht über Streitpunkte, sondern über den in judicium deduzirten Anspruch (§ 283, jetzt § 293) entschied und aus dem Charakter des Rechtsmittels, welches als erneuter Rechtsstreit das ganze Streitmaterial innerhalb der durch die Anträge gesteckten Grenzen umfaßt u. s. w. — Anderseits

umfaßt die Ausdehnung des Rechtsmittels nicht diejenigen quantitativen Theile des Streitgegenstandes, über welche das angefochtene Urtheil gar nicht ergangen ist. Die benachtheiligte Partei hat dieserhalb nach § 282 (jetzt § 292) ein Ergänzungsurtheil in erster Instanz zu beantragen" u. s. w. —

Das Berufungsgericht muß den Rechtsstreit durch Endurtheil erledigen; es darf nicht die neuen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche erst in II. Instanz vorgebracht worden sind, so wenig wie alle die Streitpunkte, welche vom Unterrichter nicht entschieden worden sind, an den Unterrichter zur Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen. Vgl. Motive a. a. O.

Hierin zeigt sich so recht, daß die Berufung unseres Gesetzbuchs auf der römischen Appellation basirt ist und nicht auf der gemeinrechtlichen. Die Bestimmungen, welche das römische Recht über den Devolutiveffekt der Berufung gibt, gehen dahin, daß der Appellationsrichter die Sache unter keinen Umständen an den Erstinstanzrichter zurückverweisen darf, sondern selbst die Entscheidung treffen muß; sie sind enthalten in Const. 6 pr. §§ 1 u. 2 Cod. de appell. 7. 62; ferner in Const. 32. § 2 in f. Cod. de appell. 7. 62. Diese Bestimmungen sind, wenngleich schon sehr modifizirt, in das kanonische Recht übergegangen. Vgl. Cap. 1 in 6to de appell. 2. 15; Cap. 5 in 6to l. c.

Auch die deutschen Reichsgesetze haben sie adoptirt. Vgl. in dieser Beziehung: Kammergerichtsordn. von 1500 (bei Senkenberg Theil II S. 74); Kammerger.-Ordn. von 1555 (Theil III S. 50 § 5); Kammerger.-Ordn. von 1555 (Theil III Tit. 50 § 6); Conc. d. K.G.O. von 1613 (Theil III Tit. 59 § 5). Im gemeinen Prozeßrechte hingegen, freilich in Folge eines noch vielfach bestrittenen Gerichtsgebrauchs, welcher sich jedoch allmälig zur communis opinio herausgebildet hat, gilt der Grundsatz, daß, insbesondere im Falle von in der Appellationsinstanz vorgetragenen nova, welche ein weiteres Verfahren als geboten erscheinen lassen, die Sache an den Unterrichter zurückverwiesen werden soll, um der die nova vorbringenden Partei die gesetzliche Instanzenzahl zu sichern. Vgl. Renaud Lehrbuch § 179 (der Devolutiveffekt) sowie die daselbst zahlreich aufgeführten Literaturbelege. Es liegt nach § 499 dem Berufungsgerichte ob, alle Streitpunkte, die einen zu- oder aberkannten Anspruch betreffen, wegen welchem in Gemäßheit der Anträge eine Verhand-

lung und Entscheidung erforderlich ist, zu erledigen. Der Rechtsstreit soll, mit anderen Worten, seinem ganzen Umfange nach, natürlich stets innerhalb der Berufungsanträge, verhandelt und entschieden werden. Was alles in die Verhandlung zu ziehen ist, läßt sich natürlich nicht genau bestimmen, und ist dies die Sache des einzelnen Falls; die Entscheidung selbstverständlich entspricht nur den Berufungsanträgen. Besonders von Bedeutung bei Würdigung des Vorbringens der Parteien ist der Thatbestand des Urtheils der I. Instanz. Dieser liefert nach § 285 rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis, der nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Kann er nicht entkräftet werden, so liefert er bezüglich dessen, was die Parteien — also hier in der I. Instanz — vorgetragen oder auch nicht vorgetragen haben, für den Zweitinstanzrichter eine praesumtio juris et de jure, vorausgesetzt, daß die Parteien mündlich vorgetragen haben. Es soll daher der Zweitinstanzrichter, damit über die in I. Instanz verhandelten, aber nicht entschiedenen Streitpunkte, über welche in II. Instanz eine Entscheidung erforderlich wird, vor dem Berufungsgericht wirklich verhandelt wird, von dem Fragerecht Gebrauch machen und unter Umständen eine bereits geschlossene Verhandlung wieder eröffnen. §§ 499. 488. Die Verhandlungsmaxime und das Mündlichkeitsprinzip stehen im engsten Zusammenhang mit dem Prinzip des novum judicium — §§ 119. 485. 487 —; sie beziehen sich selbstverständlich auf den Thatbestand des Erstinstanzurtheils, welches auf das novum judicium der Berufung unzweifelhaft nur insoweit einschränkend wirkt, als der Inhalt des Erstinstanzurtheils der Disposition der Parteien nicht unterliegt. Die Bestimmungen, welche in den §§ 489, 494 u. 495 gegeben sind, unterliegen beispielsweise der Parteiendisposition nicht, allein auch hinsichtlich derselben ist doch auch das, was in den untergerichtlichen Akten festgestellt ist, in appellatorio vorzutragen, wenn gerade auch keine Wiederholung dieser Prozeßhandlungen in der Berufungsinstanz nöthig ist, um für dieselbe ihre Wirksamkeit zu behalten. Dies gilt auch hinsichtlich der dem Endurtheile vorausgegangenen Entscheidungen, welche allein mit diesem anfechtbar sind. §§ 473. 488.

Wenn endlich im Erstinstanzurtheile über das Ergebniß der Beweisaufnahme etwas festgestellt ist, so hat die Partei auch diese Feststellungen mündlich vorzutragen, weil der zweite Richter nur das berücksichtigen

darf, was von den Parteien vorgetragen ist. Prot. S. 239. Vgl. auch Motive S. 305, welche betonen, daß in appellatorio der Rechtsstreit nicht derart von Neuem verhandelt werden müsse, als wäre das Urtheil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden; daß das unter Benützung der erstinstanzlichen Akten auszuübende richterliche Fragerecht dem Gerichte die erforderliche Basis gewähre, für vollständige Erörterung der Sache zu sorgen, und daß auf diese Weise alle Zweifel, ob die eine oder andere Partei Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urtheils vorgebracht seien, aufrecht erhalten oder fallen lassen wolle, ihre Erledigung fänden. Vgl. auch Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) Bem. 2 zu § 488.

Die im Thatbestande des Erstinstanzgerichts enthaltenen Feststellungen gelten, wenn sie mündlich vorgetragen werden, auch für den Oberrichter und können im Falle des Streites über dieselben die in der I. Instanz aufgenommenen Protokolle vorgelegt werden. Der Oberrichter kann jedoch auch in Folge des Prinzips der freien Beweiswürdigung den Gegenbeweis zulassen, und so unterliegen insbesondere die thatsächlichen Schlüsse, welche der Unterrichter aus dem ihm vorliegenden Material der Beweisaufnahme gezogen hat — was übrigens nicht Gegenstand des Thatbestands, sondern der Urtheilsgründe ist — der freien und weitgehendsten Beweiswürdigung. Richtig bemerkt Bünger: „Inwieweit ist dem in I. Instanz festgestellten Thatbestand fortwirkende Kraft in der Berufungsinstanz beizulegen?“ in Busch's Zeitschrift IV (1881) S. 373 a. E., dem ich mich in meinen Ausführungen mehrfach angeschlossen habe —, daß die Fiktion der Offenkundigkeit des erstrichterlichen Thatbestandes, wie sie Wach Vorträge S. 184 und v. Wilmowski und Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 488 annehmen, zu der mit dem Prinzip der Mündlichkeit und der Verhandlungsmaxime unvereinbaren Annahme führe, daß alle im Thatbestand des Erstinstanzurtheils bezeugten Ansprüche, Einwände, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche die Parteien in ihrem Vortrage vor dem Berufungsgericht absichtlich übergehen, von demselben bei Prüfung der Berufungsanträge zu berücksichtigen seien. Vgl. auch meine Ausführungen zu § 11 d. B. S. 105 f. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem.

zu § 488 S. 375. v. Bülow „Zur Lehre vom Thatbestande“ in Busch's Zeitschrift IV (1881) S. 333 ff. Erythropel „Zur Lehre von der Revision“ in Busch's Zeitschrift III (1881) S. 134 ff. Vierhaus „Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts“ in Busch's Zeitschrift V (1882) „Mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz“ S. 99 ff.

Die Beschlüsse und Zwischenurtheile, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, unterliegen gleichfalls der Beurtheilung des Berufungsgerichts, auch ohne daß besondere Anträge von den Parteien auf Aufhebung oder Abänderungen dieser Verfügungen des Erstinstanzgerichts gestellt worden sind, jedoch müssen sie im mündlichen Vortrage berücksichtigt werden. Das Thatsächliche, worauf sich diese Beschlüsse stützen, steht fest, wenn es im Thatbestand des Erstinstanzurtheils enthalten und vorgetragen ist. Die Prüfung des Oberrichters wird sich hauptsächlich auf die Frage erstrecken, ob diese Entscheidungen auf das in Rechten Begründetsein Anspruch machen können? Die Entscheidung, welche vom Appellationsrichter gegeben wird, weist entweder die Appellation als unbegründet zurück unter Bestätigung des Erstinstanzurtheils oder hebt dasselbe auf oder ändert es ab, soweit es angefochten ist. Das Berufungsgericht kann auch eine Theilung des ihm zur Entscheidung unterbreiteten Prozeßstoffes eintreten lassen; es kann geeignetenfalls Zwischenurtheile fällen und Entscheidungen in Form von Theilurtheilen erlassen. Was die Erlassung von Theilurtheilen anbelangt, welche zulässig ist, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder nur der Theil eines Anspruchs u. s. w. zur Endentscheidung reif ist — § 273 —, so erscheint diese dem Berufungsgerichte zustehende Befugniß von hoher Bedeutung für das Rechtsmittel der Revision, namentlich dann, wenn in Gemäßheit des § 508 die Einlegung der Revision von dem Vorhandensein einer Revisionssumme abhängig ist. Bei der Revision gegen ein Theilurtheil kommt natürlich nur dessen Gegenstand bei Berechnung der Revisionssumme in Betracht. Das Appellationsgericht kann daher möglicherweise durch Erlassung von Theilurtheilen eine Revisionseinlegung geradezu unmöglich machen, während eine solche zulässig wäre, wenn das Appellationsgericht nicht im Wege des Theilurtheils vorgegangen wäre. Es ist dies jedenfalls eine bedenkliche Institution, daß es dem Gericht anheimgegeben ist, durch Erlassung von Theilurtheilen die Revisionseinlegung zu verhin-

dern, und bedürfte das Gesetz einer Abänderung. Auf dem achten deutschen Anwaltstage zu Heidelberg am 12. und 13. September 1881 wurde in der Sitzung vom 12. September ein Antrag des Rechtsanwalts Hänle von Ansbach, es sei dem zweiten Absatz des § 273 Folgendes hinzuzufügen: „Es (das Theilurtheil) muß unterbleiben, wenn durch dasselbe die Revisibilität des ganzen Rechtsstreits aufgehoben wird" — mit Stimmeneinhelligkeit angenommen, welcher Beschluß wohl auch bei einer künftigen Revision des Gesetzbuches in's Gewicht fallen dürfte. Vgl. Verhandlungen des VIII. deutschen Anwaltstags zu Heidelberg am 12. September 1881 S. 38 u. 39.

§ 499 bestimmt sodann, daß das Berufungsgericht ein von ihm erlassenes bedingtes Endurtheil zu erledigen hat. In Folge dessen hat es Eide abzunehmen und Purifikationsurtheile zu erlassen. Es kann jedoch auch in Gemäßheit des § 441 die Eidesabnahme durch ein anderes Gericht im Requisitionswege veranlassen. § 158 Ger.-Verf.-Ges. Vgl. auch §§ 425. 439. Gegen das bedingte Endurtheil des Berufungsgerichts ist in der Regel natürlich die Revision zulässig. Endlich kann (nicht „muß") auch das Berufungsgericht in Gemäßheit des § 499 ein in I. Instanz erlassenes bedingtes Endurtheil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen (d. h. als unbegründet verworfen) ist. Vgl. auch hierüber v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 499 S. 587. Es ist diese Bestimmung aus Gründen der Zweckmäßigkeit gegeben. Vgl. Motive S. 309 u. Prot. S. 243. Da der gesammte Stoff des Rechtsstreits der Prüfung und Entscheidung des Berufungsgerichts unterliegt, wie ich bereits oben ausgeführt habe, so sei hier nochmals hervorgehoben, daß die Devolution der Sache in dem bezeichneten Maaße eine vollständige ist, und daher auch der Rechtsstreit bis zu seiner endlichen Erledigung bei dem Appellationsgericht anhängig bleibt. Hieraus folgt auch, daß es zur Obliegenheit des Appellationsgerichts gehört, eine von ihm verfügte Beweisaufnahme vorzunehmen, bezw. im Wege der Requisition ein anderes (subordinirtes) Gericht hiermit zu beauftragen; jedoch muß es stets bis zur endlichen Entscheidung die Sache in der Hand behalten. In enger Verbindung mit § 499, der besonders von der Thätigkeit des Berufungsgerichtes handelt, steht § 488, welcher die Thätigkeit, die die Parteien zu entwickeln haben, zum Gegenstande hat. § 363 findet Anwendung; in Folge des § 491 können auch vom Berufungsgericht neue Beweisbeschlüsse und Beweis-

aufnahmen verfügt werden, sowie auch bei Streitigkeiten über das vom Erstinstanzgericht gepflogene Beweisverfahren das Berufungsgericht auf Grund des in dieser Hinsicht von den Parteien Vorgetragenen Wiederholung des Beweisverfahrens der I. Instanz anordnen kann. Vgl. zu § 499 Entw. § 478, Nordd. Entw. §§ 801, 803, 804 Nr. 4. Prot. S. 243. 559.

§ 17.

e) **Die Durchbrechung des Prinzips des Devolutiveffekts der Berufung, und zwar nothwendige Zurückverweisung der Sache in die I. Instanz wegen Aufrechterhaltung des Instanzenzugs — § 500 — und fakultative Zurückverweisung der Sache in die I. Instanz wegen wesentlicher Verfahrensmängel der I. Instanz — § 501.**

In § 500 sind fünf Fälle aufgeführt, in welchen die in § 499 zum Prinzip erhobene vollständige Devolution des Rechtsmittels an das Berufungsgericht, wonach die im Wege der Berufung an das Berufungsgericht gebrachte Sache bis zu ihrer entgültigen Erledigung bei diesem Gerichte anhängig zu bleiben hat, nicht eintritt. In diesen fünf Fällen des § 500 muß das Appellationsgericht die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, und nur unter dieser Voraussetzung, an das Gericht I. Instanz zurückverweisen, weil, wenn das Berufungsgericht auch über andere als die durch den Erstinstanzrichter entschiedenen Streitpunkte entscheiden würde, der Gegenstand des Rechtsstreits in der II. Instanz ein anderer als der in der I. Instanz sein würde, wodurch die Einhaltung des gesetzlichen Instanzenzugs nicht gewahrt wäre. Vgl. hierüber Motive zu § 479 (jetzt § 500) S. 310. Diese fünf Fälle, in welchen das Berufungsgericht nach § 500 die Sache, insoferne eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht I. Instanz zurückverweisen muß, sind hauptsächlich solche, in welchen sich das Erstinstanzgericht mit der Hauptsache selbst entweder noch gar nicht oder nicht endgültig oder nur in formeller Weise befaßt hat.

In folgenden Fällen findet, insoferne eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist, die Zurückverweisung statt.

1) Wenn durch das angefochtene Urtheil ein Einspruch als unzulässig verworfen worden ist. § 500 Abs. 1 Nr. 1.

§§ 306. 272 Abs. 1. In diesem Falle hat die Zurückverweisung natürlich nur dann einzutreten, wenn das Berufungsgericht den Einspruch für rechtlich zulässig erklärt —, und nicht, wenn es die Berufung verwirft —, da ja das Untergericht nur über die ganz formelle Frage, ob der Einspruch zulässig sei, entschieden hat, und über die Sache selbst, über die materiellen Fragen des Prozesses noch keine Verhandlung vor dem Untergericht gepflogen worden ist.

2) Wenn durch das angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist — § 500 Abs. 1 Nr. 2, §§ 247—249. Hier ist die Zurückverweisung vorzunehmen: einmal, wenn das Erstinstanzgericht eine prozeßhindernde Einrede für begründet erklärt und daher auf Abweisung der Klage erkannt hat, das Berufungsgericht aber diese prozeßhindernde Einrede sowie alle weiteren prozeßhindernden Einreden in Anwendung des Abs. 2 § 500, welche bereits neben der verworfenen schon in I. Instanz oder als neue prozeßhindernde Einreden in II. Instanz, in sofern dies nach § 490 zulässig, etwa vorgetragen worden sind, im Wege des Zwischenurtheils, falls noch weitere Verhandlung nöthig wird, was meistens hier der Fall sein dürfte, da ja über die Sache selbst noch nicht entschieden ist, verwirft; — dann, wenn das Erstinstanzgericht, ohne über die Sache selbst zu entscheiden, alle prozeßhindernden Einreden verworfen hat, und das Berufungsgericht dieses bestätigt. Hat das Erstinstanzgericht alle prozeßhindernden Einreden verworfen, jedoch in der Sache selbst entschieden, so ist natürlich von keiner Zurückverweisung die Rede, sondern das Berufungsgericht entscheidet jetzt in der Sache selbst, indem es das Urtheil in der Sache selbst bestätigt oder abändert. Erklärt das Berufungsgericht eine vorgetragene prozeßhindernde Einrede für begründet, so kann natürlich in diesem Falle keine Zurückverweisung stattfinden, weil ja dann die Klage abgewiesen werden muß. In Absatz 2 § 500 ist dann noch bestimmt, wie bereits oben angedeutet, daß das Appellationsgericht im Falle der Nr. 2 Abs. 1 § 500 die sämmtlichen prozeßhindernden Einreden, die bereits in I. Instanz vorgetragen waren oder als nova im Hinblick auf § 490 zulässig in II. Instanz vorgetragen wurden, also auch in dem Falle, wo sich die angefochtene Entscheidung des Erstinstanzgerichts nicht mit ihnen befaßt hat, zu erledigen hat, d. h. wenn das Erstinstanzgericht eine prozeßhindernde Einrede, ohne sich mit den etwa noch anderen vorgetragenen Einreden zu be-

fassen, für begründet erklärt hatte, das Appellationsgericht diese prozeßhindernde Einrede aber für unbegründet erklärt und in Folge dessen das Urtheil abändert, so ist die Sache nicht an daß Erstinstanzgericht zurückzuverweisen, sondern es hat das Berufungsgericht über sämmtliche prozeßhindernde Einreden, und zwar über die bereits in der I. Instanz, neben der vom Erstinstanzgericht für begründet erklärten, vorgetragenen und über die in der II. Instanz etwa neu (§ 490) vorgetragenen zu entscheiden. Diese Divergenz von dem Abs. 1 § 500 ist, wie dies die Motive zu § 479 (jetzt § 500) S. 310 bemerken, damit zu erklären, daß die prozeßhindernden Einreden im Sinne der vorliegenden Frage alle zusammen einen Streitpunkt bilden, indem sie sich gleichmäßig auf die Pflicht des Beklagten zur Einlassung auf die Hauptsache beziehen. Es ist natürlich von dem Berufungsgericht dann nicht über alle prozeßhindernden Einreden zu erkennen, wenn eine derselben schon entscheidend wirkt. Dies wäre überflüssig, und will dies Abs. 2 § 500 auch nicht besagen.

3) Wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist. § 500 Abs. 1 Nr. 3 in Verb. mit § 276. Ueber den Betrag, die Höhe des Anspruchs — dies der Fall — ist durch das Erstinstanzgericht nicht entschieden worden; es hat daher dann die Zurückverweisung an das Erstinstanzgericht zu erfolgen, wenn das Appellationsgericht den Anspruch noch für begründet hält und demgemäß eine Verhandlung in der Sache selbst, nämlich über die Höhe, den Betrag des Anspruchs, nöthig fällt.

4) Wenn das angefochtene Urtheil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist. § 500 Abs. 1 Nr. 4 in Verb. mit §§ 562, 563. Hier ist die endgültige Entscheidung des Prozesses vom Erstinstanzgericht dem ordentlichen Verfahren vorbehalten worden. Im Falle das Berufungsgericht zu einer Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils gelangt, ist die Sache an das Erstinstanzgericht zurückzuverweisen. Wenn ein den Kläger im Urkundenprozesse abweisendes erstinstanzliches Urtheil vom Berufungsgericht dahin abgeändert wird, daß Beklagter unter Vorbehalt der Rechte verurtheilt wird, so hat in Gemäßheit des § 499 der Rechtsstreit bei dem Berufungsgericht wegen der vorbehaltenen Einwendungen anhängig zu bleiben und dürfte die Meinung v. Sar-

wey's Civilproz.ordn. I Bem. zu § 500 S. 681, wonach die Sache an das Erstinstanzgericht zurückzuverweisen sei, unrichtig sein, da sie offenbar mit § 499 im Widerspruch steht. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 7 zu § 500 S. 588. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 500 Abs. 1 Nr. 4 S. 567. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. zu § 500 Abs. 1 Nr. 4 S. 527. Hellmann Civilproz.ordn. (neue Aufl. 1881) II Bem. 6. c zu Nr. 4 Abs. 1 § 500 S. 420.

Hier soll auch noch eine Frage erörtert werden, welche eigentlich nicht hierher gehört, jedoch gleichwohl nebenbei in Betracht gezogen werden soll. Es fragt sich, ob es zulässig ist, daß der Kläger in der Berufungsinstanz den Urkundenprozeß in das ordentliche Verfahren umleitet? Nach v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 559 S. 654, 655 ist dies dem Kläger in appellatorio gestattet und ist dann die Sache in die I. Instanz zurückzuweisen, wenn das Erstinstanzurtheil den Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte verurtheilt hat oder einer der anderen besonderen Fälle des § 500 vorliegt, wogegen in allen anderen Fällen der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig bleibt. Wenn der Kläger wirklich in der Berufungsinstanz dieses Umleitungsrecht hat, dann sind die Folgerungen, die die genannten Kommentatoren ziehen, richtig. Sie sind meines Erachtens der richtigen Meinung, daß die Abstandnahme vom Urkundenprozeß keine Klageänderung ist und daher auch in appellatorio zulässig sein muß, daß sie auch keine Zurücknahme der Klage ist, weshalb auch die Vorschriften über diese und insbesondere auch die für die Rücknahme vorgeschriebene Form — § 243 Abs. 2 — nicht zur Anwendung zu bringen seien, vielmehr die betreffende Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erfolgen müsse. Diese Ansicht theilen auch: Hellmann Civilproz.ordn. (neue Ausg. 1881) II Bem. 2 zu § 559 S. 517, Bem. 4 S. 518. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 559 S. 544 ff. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 559 S. 662. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I zu § 559 S. 647. Auch sprechen für diese Auffassung die Motive S. 354: „In der höheren Instanz setzen sich selbstredend die Eigenthümlichkeit des Urkundenprozesses, wie sie für die I. Instanz gelten, fort." — Anderer Meinung sind und halten die Umleitung des Urkundenprozesses durch den Kläger in das ordentliche Verfahren in appellatorio nicht für zulässig:

Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu § 559 S. 412 („Zweifellos ist die Erklärung des § 559 nur in I. Instanz zulässig, da sie eine Klageänderung enthält — § 489 —"); Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. zu § 559 S. 451 geht auf die Frage eigentlich nicht ein, will jedoch die Abstehung vom Urkundenprozeß wie eine Klagezurücknahme auffassen; Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 zu § 559 S. 527 („In der Berufungsinstanz wird nach der Natur des Urkundenprozesses ein Uebergang in den ordentlichen Prozeß nach § 559 trotz § 485 nicht mehr möglich sein").

Es liegt nunmehr eine Entscheidung des Reichsgerichts vor, wonach die Bestimmung des § 559 nur auf das Verfahren in der I. Instanz Anwendung findet, daher die Abstandnahme vom Urkundenprozesse in der Berufungsinstanz unzulässig ist. Vgl. auch v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 559 S. 424. Entscheid. des Reichsgerichts vom 11. Juni 1881, Reichsanzeiger vom 1. August 1881, auch mitgetheilt in der juristischen Wochenschrift 1881 Nr. 22 S. 175 (Erkenntn. d. R.G. V C.S. vom 11. Juni 1881 i. S. Beneckendorf g. Bralitz Nr. 652/81 V Kammergericht Berlin), s. auch Reichsgerichtl. Entscheid. V (1882) 94 S. 351.

Das reichsgerichtliche Erkenntniß geht hauptsächlich von den Erwägungen aus, daß, wenn im Urkundenprozeß auch der Urkunden- und ordentliche Prozeß grundsätzlich mit einander verbunden sind, diese Verbindung nicht die Wirkungen eines Urtheils aufheben kann, welche sich der einseitigen Klagerücknahme — und die Umleitung des Urkundenprozesses in den ordentlichen Prozeß erscheint analog der einseitigen Klagezurücknahme — entgegenstellen; daß der ordentliche Rechtsgang durch eine solche Prozeßentsagung nicht abgeschnitten werden kann; daß man den Kläger in appellatorio deßhalb nicht für befugt erklären kann, beliebig den Urkundenprozeß aufzugeben, weil man dadurch dem Beklagten das Recht entziehen würde, das gegen ihn ohne Recht ergangene vollstreckbare Urtheil bis dahin, wo die definitive Entscheidung in dem ordentlichem Prozesse ergeht, zu beseitigen, und daß man den Berufungsrichter nöthigen würde, in einer anderen Prozeßart zu verhandeln und zu erkennen, als in der der erste Richter verhandelt und erkannt hat, daß endlich auch aus dem Zusammenhang der Vorschriften der §§ 555 bis 562 zu entnehmen sei, daß § 559 nicht auf die mündliche Verhandlung späterer Instanzen bezogen werden könne u. s. w. — Die Entscheidungsgründe des reichsgericht-

lichen Erkenntnisses halte ich übrigens nicht für zutreffend und halte ich es mit v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 654 für richtiger, daß der Kläger noch in appellatorio vom Urkundenprozeß abstehen kann gemäß § 559, weil der Zeitpunkt, bis zu welchem er abstehen kann, der Schluß der mündlichen Verhandlung ist, d. h. nicht der ersten, sondern einer jeden mündlichen Verhandlung innerhalb des Urkundenprozesses in allen Instanzen. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts v. 8. Dez. 1880 Bd. 3 (1881) Nr. 105 S. 377 kann auch in Folge des Systems der deutschen Civilprozeßordnung die dem Beklagten in mangelhafter Fassung zugestellte Wechselurkunde in II. Instanz nicht durch Produktion des vollständigen Originals ergänzt werden.

Das Berufungsgericht hat endlich die Sache, insoferne eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen:

5) Wenn das angefochtene Urtheil ein Versäumnißurtheil ist. § 500 Abs. 1 Nr. 5. §§ 295. 296. 474 Abs. 2. 310. Hierzu bemerken die Motive S. 310: „Die Berufung gegen ein Versäumnißurtheil kann nur dessen Zulässigkeit betreffen." — Hiermit ist offenbar gemeint, daß die Zurückverweisung nur dann statthat, soweit nach § 474 Abs. 2 eine Berufung überhaupt gegen das Versäumnißurtheil zulässig ist und Aufhebung des Versäumnißurtheils durch das Appellationsgericht erfolgt. Der § 500 Abs. 1 Nr. 5 hat nur den Fall der Berufung der kontumazirten Partei gegen die Zulässigkeit des Versäumnißurtheils — § 474 Abs. 2 — im Auge, nicht auch den Fall, in welchem die Partei, welche kontumazirt und das Urtheil erwirkt hat, in Gemäßheit des § 296 Abs. 2 die Berufung einlegt, weil ihrem Klagebegehren nicht ganz und voll entsprochen worden ist. Es handelt sich hier blos um ein Versäumnißurtheil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist § 310.

Vgl. zu § 500 Abs. 1 Nr. 1—5 u. Abs. 2 insbesondere: Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 500 S. 565 ff., der in ganz vorzüglicher und erschöpfender Weise diese schwierige Gesetzesmaterie behandelt hat, indem er die einzelnen möglichen Fälle, welche eintreten können, in klarer und streng logischer Darstellung aufzählt. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl) Bem. zu § 500 S. 587. 588. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 500 S. 432. 433. Remelé Handbuch S. 284 ff. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.)

Bem. zu § 500 S. 460. 461. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 500 S. 380. 381. v. Kries Rechtsmittel § 10 S. 194 ff.

Die Zurückverweisung, welche auf Grund des § 500 eintreten muß, erfolgt durch Zwischenurtheil, welches nur in den Fällen Nr. 2, 3 u. 4 Abs. 1 § 500 (§§ 248 Abs. 2. 276 Abs. 2 u. 552 Abs. 3) hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist und daher mittels selbständiger Revision angefochten werden kann. In den beiden anderen Fällen (Nr. 1 u. 5 Abs. 1 § 500) kann es nur mittelbar mittels Revision gegen ein demnächstiges Endurtheil des Berufungsgerichts angefochten werden. Das Zwischenurtheil, durch welches die Zurückverweisung der Sache ausgesprochen wird, ist bindend für das Untergericht; dies ist zwar nicht ausdrücklich in dem Gesetze ausgesprochen, ergibt sich aber aus § 528, welcher analoge Anwendung zu finden haben dürfte. Vgl. hierüber auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 588 und Seuffert a. a. O. S. 565. Struckmann u. Koch a. a. O. S. 421.

Die Redaktion des § 500 ist eine sehr mangelhafte und unklare und ist daher § 500 geeignet, viele Kontroversen zu erzeugen, wie sich dies jetzt schon in der verschiedenartigen Auffassung und divergirenden Interpretation der Kommentatoren zeigt, und würde es hier zu weit von unserer Aufgabe abführen, auf alle einzelnen, oft sehr widersprechenden Ansichten einzugehen. Vgl. zu § 501 auch Entw. § 479, Nordd. Entw. §§ 804, 805. Prot. S. 243, 559.

Abgesehen von den besprochenen fünf Fällen des § 500, in welchen die Zurückverweisung der Sache in die I. Instanz erfolgen muß, gibt es noch einen weiteren Fall der Zurückverweisung der Sache in die I. Instanz, bei welchem dieselbe jedoch in das freie Ermessen des Berufungsgerichts gestellt ist. Es ist dies der Fall des § 501. § 501 bestimmt wörtlich:

> „Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht I. Instanz zurückverweisen."

Vgl. hierzu Entw. § 480. Nordd. Entw. § 806. Prot. S. 243, 244, 559. Motive zu § 480 (jetzt § 501) S. 311.

Zur Erläuterung des § 501 diene Folgendes: Zum richtigen Verständnisse ist es nothwendig, unter Beizug der Motive, den In-

halt des Paragraphen genau zu prüfen. Dem Berufungsgericht ist die Befugniß gegeben (es „kann") im Falle des § 501 die Sache an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen; die Zurückverweisung ist in sein Ermessen gestellt. Die Motive a. a. O. besagen wörtlich:

„Der § 501 setzt nicht voraus, daß der Mangel des Verfahrens als ein Aufhebungsgrund von den Parteien geltend gemacht ist, sondern das Berufungsgericht kann innerhalb der durch die Berufungsanträge begrenzten Devolution des Rechtsstreits wesentliche Mängel des Verfahrens von Amtswegen konstatiren und berücksichtigen."

In § 501 hat der Gesetzgeber sich jeder Spezialisirung dessen, was als „wesentliche Mängel" des Verfahrens anzusehen ist, enthalten. In den Motiven S. 311 verweist er auf § 489 (jetzt § 513), welcher Beispiele enthält. Solche Beispiele von wesentlichen Mängeln des Verfahrens sind nach § 513: a) Nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts, § 513 Nr. 1. b) Mitwirkung eines unfähigen Richters bei der Entscheidung, § 513 Nr. 2 und 3. c) Unrichtige Annahme der Zuständigkeit oder der Unzuständigkeit Seitens des erkennenden Gerichts, § 513 Nr. 4. d) Gesetzwidrige Vertretung der Partei in dem Verfahren, § 513 Nr. 5. e) Entscheidung mit Verletzung der Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens, § 513 Nr. 6. f) Ohne mit Gründen versehene ergangene Entscheidung, § 513 Nr. 7. Hiermit ist jedoch die Reihe dieser wesentlichen Mängel des Verfahrens nicht erschöpft. Dem richterlichen Ermessen ist ein großer Spielraum gegeben.

Insbesondere ist dann ein wesentlicher Mangel anzunehmen, wenn unsere Prozeßordnung das kategorische, imperativische „muß" gebraucht, und dem entsprechend im Verfahren nicht gehandelt worden ist. (Dies ist jedoch nicht immer der Fall, und würde es zu weit führen, hierauf des Näheren hier einzugehen.) Die Vorschrift „soll" ist hingegen instruktionell gebraucht; deren Nichtbeobachtung im Verfahren erzeugt daher keinen wesentlichen Mangel. Die in Gemäßheit des Abs. 1 § 267 geheilten Mängel kommen im Hinblick auf § 492 bei Anwendung des § 501 nicht mehr in Betracht, sondern die in Abs. 2 des § 267 erwähnten. Vgl. Motive S. 311. Vgl. auch Wach Vortäge S. 197. Unrichtig ist die Meinung von Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. zu § 501 S. 500, wonach wesentliche Mängel nicht diejenigen sind, welche nach § 267 geheilt werden können. Wenn

ein heilbarer Mangel nicht geheilt worden ist, kann er unter Umständen als ein wesentlicher erscheinen. Die Begriffe wesentliche Mängel und unheilbare Mängel decken sich nicht. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 501 S. 589.

Die Aufhebung des Urtheils darf nur unter Beobachtung des § 498 geschehen, der besagt: „Das Urtheil I. Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt wird.“ — Vgl. Motive a. a. O. Vgl. § 498 in Verb. mit § 487. Prot. S. 242. 243. 244. S. 559. Damit hängt zusammen und folgt aus § 498, daß eine Abänderung in pejus appellantis ohne einen Anschließungsantrag auch dann nicht zulässig ist, wenn es sich um Verletzung von Verfahrensvorschriften handelt, über deren Befolgung das Gericht von Amtswegen zu wachen hat, daß solche vielmehr nur insoweit von Amtswegen zu berücksichtigen sind, als der Streit an den Berufungsrichter devolvirt ist. Vgl. auch meine Ausführungen in § 16 d. B. S. 149.

Wie schon bemerkt, setzt der § 501 nicht voraus, daß der wesentliche Mangel des Verfahrens als Grund der Berufung, bezw. als Aufhebungsgrund des Erstinstanzurtheils geltend gemacht worden sei, sondern das Berufungsgericht kann von Amtswegen von der ihm durch § 501 gewährten Befugniß Gebrauch machen, jedoch nur innerhalb der Grenzen der Parteianträge, d. h. nur wegen solcher wesentlichen Mängel des Verfahrens, welche in den durch die Berufung angegriffenen Theilen des Urtheils enthalten sind. Das Berufungsgericht kann die Sache an das Gericht I. Instanz zurückverweisen unter Aufhebung des Urtheils (d. h. die Aufhebung darf nicht über die Anträge der Berufung sich hinaus erstrecken) und unter Aufhebung des Verfahrens, soweit solches durch den Mangel betroffen wird. Vgl. Prot. S. 243 ff. In der Regel wird das ganze Verfahren durch den Mangel betroffen; hiervon findet, wie dies in den Protokollen der Reichstagsjustizkommission vom Direktor von Amsberg (Prot. I. Lesung S. 244) hervorgehoben worden ist, dann eine Ausnahme statt: „wenn in einer größeren Verhandlung ein Zwischenurtheil erfolgt sei;“ — ein nach der Erlassung des Zwischenurtheils entstandener Mangel berührt alsdann das dem Zwischenurtheil vorausgegangene Verfahren (z. B. die Beweisaufnahme) nicht. Richtig ist auch, wie Wach Vorträge S. 198 ausführt, daß, wenn ein Beschluß einen Abschnitt im Verfahren bildet,

eine theilweise Vernichtung des Verfahrens denkbar ist. Es versteht sich von selbst, daß, wenn, trotz dieser wesentlichen Mängel, das Berufungsgericht die Sache nicht an das Erstinstanzgericht verweist, es die Sache zu verhandeln und zu entscheiden hat nach den Regeln des Verfahrens, welche für das Erstinstanzgericht gegeben sind. Im Uebrigen werfen sich hier noch mehrere Detailfragen auf. So erstreckt sich, um nur einiges noch anzuführen, nach Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 3 zu § 501 S. 568, dem ich hier vollkommen beipflichte, die Verhandlung über die zurückverwiesene Sache, wenn das Verfahren ganz aufgehoben wurde, über den gesammten Prozeßstoff; wenn hingegen nur eine theilweise Aufhebung erfolgte, auf den nicht durch Zwischenurtheil ausgeschiedenen Prozeßstoff. (Die Zurückverweisung erfolgt stets durch Zwischenurtheil, welches im Wege der selbständigen Revision nicht angegriffen werden kann; das Zwischenurtheil ist für das Untergericht bindend, es muß demselben Folge leisten). Demgemäß unterliegt es wohl, wenn man in konsequenter Weise hieraus schließt, keinem Zweifel, daß auch gerichtliche Anerkenntnisse und Geständnisse, Eidesleistungen und Eidesverweigerungen ihre Kraft verlieren, wenn das Verfahren, in welchem sie stattgefunden haben, in toto aufgehoben wird. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 589. Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. zu § 501 S. 360. A. M. ist Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 3 zu §§ 500. 501 S. 344 —, welcher behauptet, daß die gerichtlichen Geständnisse ihre Bedeutung behalten, insoweit sie nach Erlassung des zweiten Urtheils noch erheblich sind. Dieser unrichtigen Auffassung ist nicht beizupflichten. Vgl. zu § 501 auch v. Kries Rechtsmittel § 12 S. 197 ff. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 501 S. 381. — Den allzu subtilen Ausführungen von Wach Vorträge S. 197 vermag ich nicht beizupflichten, ich verweise hier auf v. Kries a. a. O. S. 197 ff., dessen Ausführungen, die mir die Ansicht von Wach zu widerlegen scheinen, ich zustimme, da ich sie für überzeugend und zutreffend halte.

§. 18.

f) **Anwendung des § 252 in der Berufungsinstanz** — §§ 502 u. 503.
g) **Thatbestand des Berufungsurtheils** — § 505.
h) **Rücksendung der Akten an das Untergericht** — § 506 Abs. 2.

f.

Anwendung des § 252 in der Berufungsinstanz — §§ 502 u. 503.

Die hierher bezüglichen Paragraphen lauten:

1) § 502:

„Werden nach Vorschrift des § 252 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden. Das Urtheil, welches unter Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in Betreff der Vertheidigungsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen." —

2) § 503:

„In Betreff der Vertheidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig. Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden." —

Die Vorschrift des § 252, wonach Vertheidigungsmittel, welche in I. Instanz vom Beklagten oder Widerbeklagten nachträglich (was als nachträglich vorgebracht anzusehen ist, untersteht dem freien Ermessen des Gerichts) vorgebracht werden, auf Antrag zurückgewiesen werden können, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte, in der Absicht den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat, gilt natürlich auch im Hinblick auf § 485 für das Berufungsgericht und ist ausdrücklich im § 502 Abs. 1 ausgesprochen, jedoch mit der Modifikation, daß, wenn nach Vorschrift des § 252 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen werden, die Geltendmachung derselben dem Beklagten, einerlei ob er der Berufungskläger oder der Berufungsbeklagte ist, vorzubehalten ist. Der § 502 findet auf die Berufung gegen die in der I. Instanz erfolgte Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln nach § 252 keine Anwendung; diese können in appellatorio ja rechtzeitig vorgebracht sein (§ 491

Abs. 1); werden sie wieder nicht rechtzeitig vorgebracht oder werden neue Vertheidigungsmittel nicht rechtzeitig vorgebracht, so kann § 502 in Verbindung mit § 252 in appellatorio zur Anwendung kommen. In § 502 ist der oben bemerkte Vorbehalt deßhalb gegeben, weil der Beklagte durch eine solche unbeschränkte Zurückweisung, wie sie in § 252 für die I. Instanz eintreten kann, in der II. Instanz definitiv geschädigt würde, da es ja keine Oberappellation gibt und im Wege der Revision nach der Natur dieses Rechtsmittels keine Abhülfe zu schaffen ist, während durch die definitive Zurückweisung in I. Instanz dem Beklagten kein allzugroßer Schaden zugefügt wird, da er ja diese Vertheidigungsmittel wieder in II. Instanz vortragen kann. Vgl. Motive zu § 6 der allgem. Begründung S. 27. Prot. S. 244. Enthält das vom Berufungsgericht gefällte Urtheil diesen Vorbehalt, der von Amtswegen auszusprechen ist, nicht, während die Vertheidigungsmittel zurückgewiesen sind, so kann die Ergänzung des Urtheils nach § 292 beantragt werden in der Frist des Abs. 2 § 292.

Es fragt sich nun, ob, wenn diese Frist versäumt worden ist, die Ergänzung noch im Wege der Revision erlangt werden kann? Hierüber herrscht Divergenz der Ansichten unter den Kommentatoren. Die Frage wird verneint (die Revision soll nicht zulässig sein) von: Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 2 zu §§ 502. 503 S. 570 (unter Berufung auf die Motive zu § 292 S. 224: „Gleicherweise folgt aus dem Mangel eines Anspruchs über einen Theil des Anspruchs, daß die Ergänzung des Urtheils nur auf dem Wege des § 292, nicht im Wege der Rechtsmittel verlangt werden kann.") Endemann Civilprozeßordn. II Bem. 2 zu § 502 S. 436 (ohne besondere Motivirung). Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. 3 zu §§ 502 u. 503 S. 424. 425 unter Verweisung auf II. Bem. zu § 292 Nr. 2 S. 161. v. Sarwey Civilprozeßordn. I Bem. 2 zu § 502 S. 683. Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 502 S. 556 unter Hinweisung auf II. Bem. zu § 292 S. 189. — Anderer Meinung (die Revision soll zulässig sein) sind: Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. 3 zu § 502 S. 464 (ohne weitere Begründung). Gaupp Civilproz.-ordn. II Bem. III zu § 502 S. 531 (die Ergänzung betrifft hier anomaler Weise einen übergangenen Streitpunkt [Vertheidigungsmittel]). Petersen Civilprozeßordn. II (1. Aufl.) Bem. zu § 502

S. 362 („da die ergangene Entscheidung den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht"). v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 5 zu § 502 S. 590 in Verb. mit Bem. 2 zu § 562 S. 659, welche treffend bemerken, daß das zugelassene Ergänzungsverfahren nur als eine Analogie, nicht aber als eine Konsequenz des § 292 erscheine, woraus folge, daß der Beklagte nicht gehindert sei, das unter Verletzung des Gesetzes ohne Vorbehalt ergangene Urtheil zum Zwecke der Erlangung dieses Vorbehaltes mit dem zulässigen Rechtsmittel anzufechten, zudem auch der Wortlaut der Textvorschrift eine Zulässigkeit des Rechtsmittels zu diesem Zwecke nicht ausschließe. Ich schließe mich vollständig diesen Ausführungen an und halte die Revision in unserm Falle für zulässig. — Das Urtheil, welches unter dem Vorbehalte der Geltendmachung der Vertheidigungsmittel ergeht, ist, obwohl es nur ein provisorisches ist, in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen, und kann dasselbe sofort mit der Revision in der Nothfrist des § 514 angegriffen werden. Abs. 3 § 502 in Vbd. mit § 272. Das Urtheil ist also eigentlich ein Zwischenurtheil, welchem in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung der Charakter eines Endurtheils beigelegt ist. Das Urtheil wird daher, wenn nicht eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung in Gemäßheit der §§ 648 ff. erfolgt ist, mit der Rechtskraft vollstreckbar; diese Vollstreckbarkeit dauert fort bis das Urtheil im spätern Verfahren rechtskräftig aufgehoben wird, es sei denn daß dieses spätere Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 6 zu § 502 S. 590. Petersen Civilprozeßordn. II (1. Aufl.) Bem. 2 §§ 502. 503 S. 362. Seuffert Civilprozeßordn. Bem. zu §§ 502. 503 S. 570. Nach Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. § 502 S. 556 tritt die Rechtskraft erst ein, wenn das Verfahren über die vorbehaltenen Vertheidigungsmittel erledigt ist, was im Hinblick auf das oben Ausgeführte unrichtig ist.

Was die vorbehaltenen Vertheidigungsmittel anbelangt, so bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig, § 503 Abs. 1, wobei v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 503 S. 591 zutreffend ausführen, daß der Rechtsstreit nach Erlassung des den Vorbehalt aussprechenden Urtheils nicht von Amtswegen weiter verhandelt wird, sondern daß Ladung des einen

oder anderen Bevollmächtigten zu einem neuen Termin vor das Berufungsgericht statthat. §§ 191 bis 194.

Erfolgt Aufhebung des Urtheils in Gemäßheit des § 503 Abs. 2, so hört natürlich, wie bereits bemerkt, die Vollstreckbarkeit wieder auf. Denn, insoweit sich in dem weiteren Verfahren zeigt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben und der Kläger mit seinem Anspruch abzuweisen, sowie auch auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils (das nunmehr aufgehoben wird) Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen, endlich ist über die Kosten anderweit zu entscheiden. § 503 Abs. 2. §§ 92 Abs. 2. 251 Abs. 2. Auch hier ist das Rechtsmittel der Revision gegeben.

Das Urtheil, welches das frühere Urtheil aufhebt, kann, im Falle die Voraussetzungen des Gesetzes (§§ 648 ff.) eintreffen, wie bereits oben bemerkt, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden; auch kann, im gegebenen Falle, ehe Endurtheil ergeht, die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urtheils vom Gericht auf Antrag gehemmt werden. §§ 656. 651 ff. Die Bestimmungen der §§ 502 u. 503 sind denjenigen der §§ 562 und 563 (Urkundenprozeß) nachgebildet. Die Bestimmung des Abs. 3 § 502, dahin gehend, daß das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen ist, wurde deshalb getroffen, um durch den Vorbehalt den Kläger nicht zu schädigen und zugleich den Beklagten anzuweisen, nicht lässig in dem Vortrage seiner Vertheidigungsmittel zu sein; der Kläger kann daher, im Falle das Urtheil rechtskräftig geworden oder vorläufig vollstreckbar ist, exequiren lassen. Unter Kläger ist hier im gegebenen Falle nicht nur der Berufungskläger, sondern auch der Berufungsbeklagte verstanden, wie ja auch der Beklagte Berufungskläger oder Berufungsbeklagter sein kann, da die ursprünglichen Parteirollen, die Rollen der Parteien in I. Instanz maßgebend sind und das Gesetz — die §§ 502 u. 503 — die ursprünglichen Parteirollen im Auge hat, wenn die Rede vom Kläger und Beklagten ist. Das weitere Verfahren vor dem Appellationsgericht ist beschränkt auf die dem Beklagten vorbehaltenen Vertheidigungsmittel, zu deren Abwehr sich der Kläger neuer Vertheidigungsmittel (Repliken) bedienen kann, insoweit solche in der Appellationsinstanz zulässig sind, worauf der Beklagte unter derselben Voraus-

setzung dupliziren kann. Vgl. Motive zu §§ 481, 482 (jetzt §§ 502. 530) S. 311. 312. — Wegen der Kosten vgl. §§ 92. 251 Abs. 2, welche bei Anwendung des § 503 Abs. 2 zu berücksichtigen sind. Motive S. 311.

Die Bestimmungen der §§ 502 u. 503 sind, was hier noch des Weitern auszuführen ist, obwohl sie den §§ 562 u. 563 des Urkunden- und Wechsel-Prozesses nachgebildet sind, nicht vollständig anwendbar auf den Urkunden- und Wechsel-Prozeß. — Gar nicht anwendbar sind sie auf das Verfahren in Ehesachen. Was, um hiervon zuerst zu sprechen, das Verfahren in Ehesachen betrifft, insbesondere in Ehescheidungsprozessen, so ist hier die Vorschrift des § 252 für die Berufungsinstanz ganz beseitigt worden, indem der § 583 den § 252 in der Berufungsinstanz für unanwendbar erklärt; folglich sind auch die §§ 502 u. 503 unanwendbar. § 583 lautet nämlich: „Die Vorschrift des § 252 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.“ Vgl. auch Motive zu §§ 481 u. 482 (jetzt §§ 502. 503) Nr. 1. b a. E. S. 312, die besagen: „Der Grund ist derselbe, welcher zu dem Verbote einer vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urtheile in Ehesachen — vgl. § 597 Abs. 2 (jetzt § 644 Abs. 2) — geführt.“ — In I. Instanz findet natürlich auch bei Ehesachen der § 252 seine Anwendung. Im Urkunden- und Wechsel-Prozesse hingegen kommt der § 252 ganz unbeschränkt zur Anwendung sowohl in der I. Instanz als auch in der Berufungsinstanz, d. h. ohne die Beschränkungen der §§ 502 u. 503, weil der Beklagte hinreichend gegen jede materielle Benachtheiligung dadurch geschützt ist, daß ihm nach § 562 in allen Fällen, in welchen er verurtheilt wird, wenn er dem Anspruch des Klägers widersprochen hat, im Urtheil (der I. oder II. Instanz) die Ausführung seiner Rechte (nicht blos die Geltendmachung bestimmter Vertheidigungsmittel, vorbehalten werden muß. Die §§ 502 u. 503 finden daher keine Anwendung, was § 564 ausdrücklich ausspricht. Vgl. auch Motive zu §§ 481. 482 (jetzt §§ 502. 503) Nr. 1. a S. 312. Vgl. auch § 500 Abs. 1 Nr. 4.

Richtig bemerken noch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 503 S. 591: „Es braucht jedoch kaum hervorgehoben zu werden, daß in diesem Nachverfahren (§ 503) der § 252 unbeschränkt zur Anwendung kommen muß und nicht ein zweites Urtheil unter Vorbehalt von Vertheidigungsmitteln erlassen werden darf.“ —

Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß die §§ 502 u. 503 sich nicht auf die §§ 339, 367 u. 398 (Zurückweisung von Beweismitteln wegen Sachverschleppung) beziehen. Die §§ 502 u. 503 stehen nur in Verbindung mit § 252 und erleiden keine analoge Ausdehnung, was sich aus der richtigen Interpretation dieser Paragraphen ergibt. Hinsichtlich der §§ 339, 367 u. 398 ist das Berufungsverfahren nicht anders als das Erstinstanzverfahren gestaltet, diese Paragraphen gelten in Gemäßheit des § 485 gleichmäßig in beiden Instanzen. Vgl. auch Protokolle S. 244, 245. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 502 S. 590. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 502 S. 531. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 2 zu § 503 S. 464. Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. zu § 502 S. 500. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 502 S. 435, Bem. zu § 503 S. 436. Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. zu §§ 502, 503 S. 345 u. ff. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu §§ 502 u. 503 S. 569 ff. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. zu §§ 502, 503 S. 345 ff., II Bem. 5 zu § 252 S. 47. Vgl. zu §§ 502 u. 503: Entw. § 481 Prot. S. 244, 245, 559. Entw. § 482. Prot. S. 244, 245, 559.

g.

Thatbestand des Berufungsurtheils — § 505.

§ 505 besagt:

> „Bei der Darstellung des Thatbestands im Urtheil ist eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz nicht ausgeschlossen.“ —

Hier muß vor Allem hervorgehoben werden, daß die Fassung des Urtheils des Berufungsgerichts nach den auch für die I. Instanz geltenden Bestimmungen des § 284 zu geschehen hat. Das Urtheil hat demgemäß zu enthalten: a) Die Bezeichnung der Parteien. b) Die Bezeichnung des Gerichts und der Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben. c) Eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand). d) Entscheidungsgründe. e) Urtheilsformel, welche von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondern ist.

Nach § 284 Abs. 2 ist bei Darstellung des Thatbestands eine

Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen. Vgl. §§ 291, 120 ff., 146, 269, 270. Die Justizkommission des Reichstags bestimmte nun, um jeden Zweifel darüber zu zerstreuen, ob eine Wiederholung des Thatbestandes des Urtheils der I. Instanz in dem Appellationsurtheil zulässig oder nicht zulässig sei, daß eine Bezugnahme im Urtheile des Appellationsgerichts auf das Urtheil der vorigen Instanz nicht ausgeschlossen sei, und schuf so den § 505. Vgl. Prot. S. 544 und Beschlüsse der Redaktionskommission Nr. XV vom 19. Oktober 1875 S. 39.

Ganz richtig und treffend bemerkt Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 505 S. 573, diese Bezugnahme könne nur dann Platz greifen, wenn und insoweit der Thatbestand des Erstinstanzurtheils von keiner Seite angefochten, vielmehr nur das Verfahren erster Instanz von den Parteien in der Berufungsinstanz wiederholt sei. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 505 S. 593. Es genügt übrigens auch, wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf den Thatbestand des Erstinstanzurtheils nur feststellt, inwiefern die Parteien dabei einfach stehen geblieben oder Abweichungen dabei vorgekommen sind. Vgl. Urtheil des Reichsgerichts I. C.S. vom 28. Mai 1881 i. S. Cl. u. D. w. B. u. Co. Rep. I 545/81 Sammlung IV S. 431. Es ist daher selbstverständlich, daß das von den Parteien in appellatorio neu Vorgebrachte in den Thatbestand des Appellationsurtheils aufzunehmen ist. Eine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Erstinstanzrichters im Urtheil des Appellationsgerichts ist gerade nicht unzulässig, wenn auch nicht empfehlenswerth. Es ist zulässig, wenn der Appellationsrichter ganz aus denselben Gründen zu demselben Resultate gelangt wie der Unterrichter, namentlich wenn der Prozeßstoff sich nicht geändert hat. Die in Bezug genommenen Gründe der vorigen Instanz sind dann auch die Gründe der höheren Instanz: die Entscheidung der letzteren ist also mit Gründen versehen. In einem solchen Falle kann die Revision nicht auf § 513 Abs. 1 Nr. 7 („wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist," worin eine Gesetzesverletzung liegt) gestützt werden und muß, wenn dies doch geschieht, als unbegründet zurückgewiesen werden. Würde hingegen in der II. Instanz auch nur ein einziges neues Moment vorgebracht worden sein, so müßte der höhere Richter jeden-

falls mindestens neben der Bezugnahme auf die Gründe des Untergerichts auch noch seine Beurtheilung des neuen Vorbringens begründen, sonst wäre der auf § 513 Abs. 1 Nr. 7 gestützten Revision stattzugeben. Siehe Urtheil des Reichsgerichts I. C.S. vom 12. Februar 1881 i. S. S. P. (Kl.) w. L. B. (Bekl.) Rep. I 886/80 Sammlung III (1881) S. 433 ff., wonach der Thatbestand nicht in einer einfachen Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze bestehen darf, da dies gegen § 284 C.P.O. verstößt. — Ein vollständiger Mangel an Entscheidungsgründen ist selbstverständlich Revisionsgrund, § 513 Abs. 1 Nr. 7. Siehe Urtheil d. Reichsgerichts II. C.S. vom 3. Dezember 1880 i. S. Hetzer g. Grafenberger Gußstahlfabrik 278/80 II. O.L.G. Köln Samml. Bd. III (1881) S. 388 ff., auch mitgetheilt in der „Juristischen Wochenschrift" (Organ des D. Anwaltvereins) 1881 Nr. 2 S. 14 ff. Vgl. zu § 505: Entw. § 483. a.

h.

Die Rücksendung der Akten an das Untergericht — § 506 Abs. 2.

Von der Bestimmung des Abs. 1 § 506 über die Einforderung und Einsendung der Akten bei eingelegter Appellation wurde schon in § 8 d. B. S. 95 gesprochen. Hier sei noch hervorgehoben, daß sich die Schwierigkeiten, welche durch die Aktensendung bei der Berufung gegen Theil- und Präjudizial-Urtheile während der Fortdauer des unerledigten Theiles des Prozesses in I. Instanz, bezw. der Verhandlung wegen desselben, ergeben können, leicht durch rein geschäftliche Anordnungen überwinden lassen. Das Untergericht muß sich unter Umständen ohne Gerichtsakten behelfen, etwa durch Einforderung der Manualakten der Anwälte oder von Abschriften. Vgl. Motive zu § 484 (jetzt § 506) S. 313. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 506 S. 594. Vgl. auch zu § 506: Entw. § 484. Nordd. Entw. § 813. Prot. S. 247, 559. Der Abs. 2 § 506 bestimmt, daß nach Erledigung der Berufung die Akten der ersten Instanz dem Gerichtsschreiber des Erstinstanzgerichts nebst einer beglaubigten Abschrift des Appellationsurtheils zurückzusenden sind. Nach den Motiven a. a. O. hat dieser Abs. 2 § 506 für die Civilprozeßordnung nicht blos reglementäre Bedeutung, da die Kenntniß des Berufungsurtheils für das Gericht bezw. den Gerichtsschreiber des Erstinstanzgerichts in mehrfachen Beziehungen nothwendig ist. — So kann die von dem Gerichtsschreiber der ersten

Instanz etwa zu ertheilende Ausfertigung des Zweitinstanzurtheils nur nach der dem Erstinstanzgericht übersandten beglaubigten Abschrift erfolgen. Vgl. Prot. S. 247. Vgl. auch die §§ 34, 98, 288, 662, 646 (Kostenfestsetzungen, Zeugnisse über die Rechtskraft u. dgl.).

B.
Die Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung über das Versäumnißverfahren in der zweiten Instanz und dessen Gestaltung im Berufungsverfahren — § 504.

§ 19.
Darstellung des Versäumnißverfahrens in der Berufungsinstanz.

Der Sitz der Bestimmungen über das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz befindet sich in § 504 C.P.O., der wörtlich lautet:

> „Die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.
>
> Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termin nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe." —

Nach § 504 finden also für das Berufungsverfahren die Vorschriften über das Versäumnißverfahren, wie sie für die I. Instanz vom Gesetze gegeben sind — Titel III Abschnitt I Buch II C.P.O. §§ 295 bis einschl. 312, ferner §§ 144, 217 Abs. 4, 223 Abs. 2, 318 Abs. 2, 430 — entsprechende Anwendung.

Die Versäumnißurtheile, welche in der Berufungsinstanz ergehen, unterliegen daher, wie die vom Erstinstanzgericht erlassenen Versäumnißurtheile dem Einspruch (§§ 295 ff.). § 300 findet in seiner Nummer 3, wonach der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils zurückzuweisen ist (unbeschadet des Vertagungsrechts), wenn der nicht erschienenen Partei, gegen welche kontumazirt werden soll, ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatz mitgetheilt war, eine Modifikation, indem in der Berufungsinstanz der den Kontumazialantrag Stellende

demjenigen, gegen welchen sich dieser Antrag richtet, nur die in der II. Instanz neu vorzubringenden Thatsachen und Beweismittel rechtzeitig mitgetheilt haben muß, da ja alles, was in der I. Instanz vorgetragen worden ist, dem, gegen welchen der Kontumazialantrag gerichtet wird, bekannt ist und aus dem Thatbestande des Erstinstanzurtheils erhellt. Zu „rechtzeitig" vgl. §§ 480. 491. 234. Vgl. auch Motive zu § 483 (jetzt § 504) S. 312. Aus §§ 295 ff. ergibt sich ferner, daß, wie im Erstinstanzverfahren, der Antrag auf Versäumnißurtheil gestellt werden kann nicht nur beim Ausbleiben des Prozeßgegners im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, sondern auch in jedem weiteren Verhandlungstermine. Die im Termine nicht verhandelnde, obwohl anwesende Partei, gilt auch im Berufungsverfahren als contumax. § 298. Eine bloße Unzulänglichkeit, bezw. Unvollständigkeit des Verhandelns der anwesenden Partei, z. B. keine genügende Erklärung derselben über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen hat das Kontumazialverfahren im eigentlichen Sinne nicht zur Folge. Vgl. §§ 299. 129. 404. 468. 417. 420. Bleiben beide Theile im Termine aus, so beruht die Sache bis von Neuem geladen wird. § 228 Abs. 2.

Nachdem in den Motiven S. 312 ausgesprochen ist, daß die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in I. Instanz (§§ 295 bis 310) entsprechende Anwendung in appellatorio finden — fahren die Motive S. 312, hieran anknüpfend, fort:

> „Aus dem Vorausgeschickten ergibt sich ohne Weiteres, daß die Versäumung der mündlichen Verhandlung durch den Berufungskläger zur Folge hat, daß auf Antrag des Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil auf Zurückweisung der Berufung, entsprechend der nach § 295 in erster Instanz erfolgenden Abweisung der Klage, ergeht.

Die Prozeßordnung selbst hat den Fall der Versäumniß des Berufungsklägers nicht weiter berührt; § 504 thut seiner keine Erwähnung. Es greifen daher die allgemeinen Bestimmungen, wie sie für die I. Instanz, angewendet auf das Berufungsverfahren, gegeben sind, Platz. Die Versäumniß des Berufungsklägers, dessen Ausbleiben oder Nichtverhandeln in einem Verhandlungstermin, hat daher zur Folge, daß auf Antrag des Gegentheils die Berufung (als „versäumt") zurückgewiesen wird. Ich halte, was die Mo-

tive a. a. O. in dieser Beziehung sagen („es ergeht Versäumnißurtheil auf Zurückweisung der Berufung, entsprechend der nach § 295 in I. Instanz erfolgenden Abweisung der Klage"), für richtig und zutreffend. Gegen diese Zurückweisung der Berufung steht dem Berufungskläger, wie dem Kläger in I. Instanz, der Einspruch zu. Wird dieser versäumt, so hat er nicht das Recht, wiederholte Berufung einzulegen, auch wenn die Frist zur Einlegung der Berufung noch nicht umlaufen sein sollte. Ich halte die Ausführungen v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 504 S. 591, die dahin gehen, die Versäumniß des Berufungsklägers sei entsprechend dem Präjudize in I. Instanz materiell als ein Verzicht auf das Berufungsrecht anzusehen, mithin — da ein formeller „Verzicht" nur vor Einlegung des Rechtsmittels, nicht wie bei der Klage auch nach Erhebung derselben zulässig sei — sei die Abweisung des Berufungsklägers durch Versäumnißurtheil einer Zurücknahme der Berufung gleichzuachten, nicht für richtig. Der Schluß, den v. Wilmowski u. Levy a. a. O. ziehen, daß, weil der Verzicht nur vor Einlegung des Rechtsmittels zulässig sei, die Abweisung des Berufungsklägers durch Versäumnißurtheil einer Zurücknahme der Berufung gleichzuachten sei, ist nicht richtig. Es ist vielmehr der Schluß zu ziehen, daß, weil ein Verzicht nur vor Einlegung des Rechtsmittels zulässig ist, bei Abweisung der Berufung auch kein Verzicht angenommen werden kann, da dies ja ein Verzicht auf die eingelegte Berufung wäre, was unzulässig ist. Daß die Abweisung der Zurücknahme der Berufung gleichzuachten sei, ist deshalb eine Annahme, die aller Begründung entbehrt, und würde man, wollte man dies annehmen, sicherlich nicht entsprechend der Auffassung handeln, welche bei Abfassung des § 295 herrschte, wobei gerade die Anträge, die darauf abzielten, man solle im Versäumnißfalle des Klägers die Klage als zurückgenommen betrachten, verworfen wurden. Vgl. Prot. S. 109 ff. — Von einem Verzicht auf eine eingelegte Berufung kann keine Rede sein und die Zurücknahme kann nach dem Ausgeführten bei Zurückweisung der Berufung als versäumt nicht angenommen werden, zumal solche auch nicht durch konkludente Handlungen erfolgen kann, welche in dem Ausbleiben des Berufungsklägers liegen würden, da ja gerade hierin nach den Ansichten v. Wilmowski u. Levy a. a. O. die stillschweigende Erklärung der Zurücknahme liegen würde. Vgl. auch

m. Ausf. zu § 6 d. B. S. 80 ff. und zu § 7 II. B. d. B. S. 88 ff. Demgemäß halte ich die Ansicht dieser Autoren, daß die Anschlußberufung des kontumazirenden Berufungsbeklagten, wenn sie als keine selbständige Berufung zu erachten ist, gemäß § 483 Abs. 1 in unserem Falle von selbst hinwegfalle, nicht für richtig, sondern bezüglich dieser Anschlußberufung gerade wie bezüglich der als selbständige Berufung zu erachtenden Anschlußberufung greift Abs. 2 § 504 Platz. Vgl. meine Ausführungen weiter unten und zu § 7 S. 88 ff.

Wenn in den Motiven a. a. O. die entsprechende Anwendung des § 295 bei dem in Folge Versäumniß des Berufungsklägers ergehenden Kontumazialurtheil urgirt wird, so ist damit eben nur gesagt, § 295 finde, soweit möglich und zulässig, Anwendung auf das Berufungsverfahren, soweit dies die Natur der Sache gestatte, und nicht mehr. Wenn auch in der I. Instanz bei Abweisung der Klage infolge Ungehorsams des Klägers — § 295 — nach S. 229 der Motive das Präjudiz des Verzichts auf den Anspruch gegen den Kläger als spezielle Folge seiner Versäumung in dem Versäumnißurtheile realisirt wird, so ist dies doch nicht als ein Verzicht im eigentlichen Sinn — ein solcher muß ausdrücklich erklärt werden — aufzufassen, sondern es liegt hierin nur eine Fiktion eines Verzichts, was schon daraus hervorgeht, daß der Einspruch zulässig ist gegen das die Klage abweisende Versäumnißurtheil. Wäre es ein wirklicher Verzicht — eine wirkliche Zurücknahme der eingelegten Berufung —, so könnte er durch keinen Rechtsbehelf mehr beseitigt werden und hätte das Gesetz auch nicht den Einspruch zulassen können.

Was den Fall der Versäumniß des Berufungsbeklagten anlangt, so ist derselbe nach Abs. 2 § 504 normirt und finden hier einige Verschiedenheiten vom Erstinstanzverfahren statt. Die Modifikation, welche § 300 in seiner Nummer 3 erleidet, ist für das Berufungsverfahren selbstverständlich und fließt aus der Natur der Sache. Das in I. Instanz Vorgetragene ist dem Berufungsbeklagten bekannt, daher bedarf es nur der rechtzeitigen Mittheilung des in appellatorio neu Vorzubringenden an den Berufungsbeklagten, um Versäumnißurtheil gegen ihn erwirken zu können. Vgl. Motive a. a. O.

Eine weitere und höchst wichtige Abweichung vom Erstinstanz-

verfahren beruht in Folgendem: Im Erstinstanzverfahren ist, wenn der Kläger gegen den in einem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil beantragt, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und nach dem Klagebegehren zu erkennen, soweit solches in Rechten begründet ist. § 296. Im Berufungsverfahren hingegen ergeht auf Antrag des Berufungsklägers gegen den nicht erschienenen Berufungsbeklagten Versäumnißurtheil dahin, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden angenommen wird, jedoch nicht, wie dies in der I. Instanz der Fall ist, unbedingt und schlechthin, sondern nur insoweit, als es mit dem Sachverhältniß, wie es in dem durch die Berufung angefochtenen Urtheile festgestellt ist, nicht im Widerspruch steht, oder, wie sich § 504 Abs. 2 ausdrückt: „soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht." Vgl. auch § 488 Abs. 1. Ist dann bezüglich der streitig gebliebenen Thatsachen — inwiefern sie streitig geblieben oder ob sie streitig geblieben sind, ergiebt eben die Feststellung im Erstinstanzurtheile — zulässigerweise eine in I. Instanz noch nicht stattgefundene Beweisaufnahme beantragt — dieser Antrag kann schon in I. Instanz gestellt und lediglich in II. Instanz wiederholt oder erst neu in II. Instanz gestellt worden sein —, so ist anzunehmen, daß diese Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe. Mit anderen Worten: Es wird angenommen, als ob durch die beantragte Beweisaufnahme wirklich das erwiesen worden sei, was der Berufungskläger beweisen wollte, falls sie in Wirklichkeit vorgenommen worden wäre. Fassen wir behufs Klarstellung der Sache die Motive in Folgendem näher in's Auge. Dieselben besagen in dieser Beziehung zu § 483 (jetzt § 504) S. 312, 313 wörtlich Folgendes:

„Dieselben (die Vorschriften des Absatzes 2 des § 483 — jetzt § 504) beruhen auf dem allgemeinen Gedanken (§ 467 jetzt § 488), daß die Grundlage des Verfahrens in der Berufungsinstanz das angefochtene Urtheil bildet.

Es kann daher das mündliche Vorbringen des Berufungsklägers, dessen vorbereitende Mittheilung immer vorausgesetzt wird, gegen den Berufungsbeklagten, welcher im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, nicht wie in erster Instanz schlechthin,

sondern — wenn der Berufungskläger das Versäumnißurtheil beantragt — nur insoweit als zugestanden gelten als das in dem angefochtenen Urtheil als dessen Grundlage festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht.

Der Entwurf hat endlich eine Bestimmung für nothwendig gehalten in Betreff der in erster Instanz nicht erhobenen Beweismittel für die streitig gebliebenen Thatsachen. Denn wollte man hinsichtlich dieser Beweismittel nur den Verlust der Einreden gegen dieselben als Folge der Versäumung festsetzen, so würde über die streitigen Thatsachen die Aufnahme des Beweises unvermeidlich werden. Eine solche Ermittelung über die Richtigkeit der dem Versäumnißurtheil zu Grunde zu legenden Thatsachen würde mit den angenommenen Grundsätzen des Versäumnißverfahrens nicht im Einklang stehen. Die Annahme, daß die zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt, daß also z. B. ein Zeuge dasjenige wirklich bekundet habe, was unter sein Zeugniß gestellt wurde, entbindet von der Nothwendigkeit der Beweisaufnahme und läßt zugleich die Bedeutung des Urtheils als des Angriffsgegenstandes für das Rechtsmittel unberührt. Die Beschränkung dieses Präjudizes auf eine *zulässigerweise* beantragte Beweisaufnahme entspricht der auch bei Erlaß des Versäumnißurtheils eintretenden Pflicht des Richters, die Begründung der gestellten Anträge durch die vorgebrachten Thatsachen zu prüfen. Das angenommene Ergebniß der Beweisaufnahme, d. h. das für dieselbe in Aussicht gestellte Beweismaterial, ist demnächst für sich allein oder zusammen mit dem bereits vorhandenen anderen Material zu würdigen und darnach das Urtheil zu erlassen." —

Der Sinn dieser außerordentlich schwülstigen und unklaren Ausführungen der Motive dürfte in Kürze der sein: Der Gesetzgeber hält es nicht für thunlich, gegen den Appellaten das Präjudiz des § 296 pure eintreten zu lassen, weil die Annahme dieses Präjudizes dem allgemeinen Grundsatze des Gesetzes, daß die Grundlage des Verfahrens in der Berufungsinstanz das angefochtene Urtheil bildet, widerstreiten würde; in Folge dieses allgemeinen Grundsatzes kann das Vorbringen des kontumazirenden Berufungsklägers nur insoweit zugestanden gelten, als die Feststellungen des Erstinstanzurtheils nicht entgegenstehen. Diesem Gedanken und Grundsatze Folge gebend, ge-

langt der Gesetzgeber zu der Bestimmung des Abs. 2 § 504 in dessen erster Hälfte:

„Beantragt der Berufungskläger u. s. w. das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten.“ —

Unter dem thatsächlichen mündlichen Vorbringen ist also insbesondere das neue mündliche Vorbringen zu verstehen. (Das mündliche Vorbringen ist für zugestanden zu erachten, soweit es, im Falle Neuheiten vorgetragen sind, dem Berufungsbeklagten durch vorbereitende Schriftsätze mitgetheilt ist. §§ 300 Nr. 3, 480. — Sind keine Neuheiten vorgebracht, so ist vorbereitender Schriftenwechsel aus den oben von mir angeführten Gründen — S. 179 ff. — nicht erforderlich.) Wenn nun aber dieses Vorbringen mit dem Sachverhältniß, wie es in dem mit der Berufung angegriffenen Urtheil festgestellt ist, d. h. mit dem Thatbestand dieses Urtheils, im Widerstreite steht, so ergibt sich die Beweispflicht des Berufungsklägers.

Da aber die Reichscivilprozeßordnung kein Kontumazial-Beweisverfahren kennt, so würde die Vornahme eines solchen und die in Verfolgung desselben stattfindende Beweisaufnahme ihrem Kontumazialsystem widerstreiten; denn strenge genommen wäre im Falle der Beweispflicht des Berufungsklägers, die sich nach Obigem ergibt, nur der Verlust der Beweiseinreden des Berufungsbeklagten gegen die vom Berufungskläger vorgetragenen Beweismittel als Folge der Versäumung festzusetzen und sodann Beweisverhandlung zu pflegen, da die Aufnahme des Beweises unvermeidlich wäre. Aus diesem Grunde hält der Gesetzgeber eine Bestimmung für nothwendig, welche dahin geht, daß das Gesetz ausspricht, daß anzunehmen sei, daß die zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme das wirklich in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe, wodurch also nicht blos der Berufungsbeklagte den Verlust seiner Beweiseinreden erleidet, sondern auch der versuchte, beantragte Beweis des Berufungsklägers als gelungen zu betrachten ist, und wodurch daher die Beweisaufnahme überflüssig gemacht wird. Hierdurch gelangte der Gesetzgeber zu der Bestimmung des § 504 Abs. 2 in seiner zweiten Hälfte:

„Beantragt der Berufungskläger u. s. w. das Versäumnißurtheil, so ist, soweit u. s. w.

„„und zwar in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe.““

Dadurch, daß sich der Berufungskläger bezüglich des mit dem im Urtheil I. Instanz festgestellten Sachverhältnisse nicht übereinstimmenden Vorbringens einfach zum Beweis erbietet, kann er auf mittelbarem Wege die im § 296 angedrohten Kontumazialnachtheile gegen den Appellaten erwirken. Bedient er sich neuer Beweismittel, so hat er vor der mündlichen Verhandlung, und zwar rechtzeitig, in Gemäßheit der §§ 480, 481, 234 dem Appellaten durch einen vorbereitenden Schriftsatz hiervon Kenntniß zu geben, widrigens ihm kein Kontumazialurtheil Seitens des Berufungsgerichts gegeben werden kann, ja er mit dem Antrag auf Erlassung eines solchen zurückgewiesen werden muß, wenn er nicht von dem ihm zustehenden Recht, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu begehren, Gebrauch macht. § 300 Nr. 3.

Das System, welches in dem Gesetzbuche angenommen ist, ist offenbar ein viel zu künstliches und in seiner Anwendung höchst schwieriges, ja geradezu bedenkliches, und wurde auch in der Justizkommission des Reichstags von Seite des Abgeordneten Gaupp der Antrag gestellt, man solle, indem man unter „Sachverhältniß“ die Anerkennungen und Bestreitungen nach Inhalt des Thatbestandes zu verstehen habe und nicht die unterrichterliche Beweiswürdigung (diese Auffassung des Begriffes des festgestellten Sachverhältnisses, von welchem § 504 Abs. 2 spricht, ist die richtige, derselbe dürfte aber noch prägnanter so gegeben werden: das festgestellte Sachverhältniß ist der gesammte Thatbestand des Erstinstanzurtheils einschließlich des thatsächlichen Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme), wenn sich der Berufungskläger zum Beweise erbiete, Beweise antrete unter Bezeichnung der Beweismittel, als Rechtsnachtheil, welcher den ungehorsamen Berufungsbeklagten treffe, nur annehmen: Zulassung der neu vorgebrachten Beweismittel, hingegen von der Fiktion des gelungenen Beweises abstrahiren, vielmehr von dem Appellationsgericht eine neue Beweiswürdigung vornehmen und daher im gegebenen Falle Beweisaufnahme eintreten lassen. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt und der § 504 in seiner jetzigen unklaren und vagen Fassung und seinen

geradezu exorbitanten Bestimmungen angenommen. Vgl. Prot. S. 245. 246. Hier sei noch hervorgehoben, daß aus der Bestimmung des Abs. 2 § 504 im Falle der Berufungskläger Kontumazialantrag stellt, dessen mündliches Vorbringen für zugestanden anzunehmen ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, nicht der Schluß zu ziehen ist, daß das festgestellte Sachverhältniß dem Berufungsgerichte an sich für bekannt gilt. Aus § 488 folgt vielmehr, daß das festgestellte Sachverhältniß von dem Berufungskläger dem Zweitinstanzrichter mündlich vorgetragen werden muß, zumal im Versäumnißverfahren der Berufungsinstanz durchaus keine Abweichung von dem allgemein sowohl für das Berufungsverfahren als auch für das Verfahren in I. Instanz — für das Verfahren vor den erkennenden Gerichten überhaupt — geltenden Fundamentalprinzip der Mündlichkeit statuirt ist. Vgl. Urtheil des Reichsgerichts vom 25. Januar 1881 Bd. IV (1881) S. 368, insbes. S. 371 sowie meine Ausführungen zu § 11 d. B. S. 105 ff. — und § 16. d d. B. S. 157 ff.

Meines Erachtens behandelt Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 2. b zu § 504 S. 572 die Frage, welches Präjudiz dem ausgebliebenen Berufungsbeklagten gegenüber eintritt, am besten, und will ich im Nachstehenden in Kürze zur Klarstellung der Sache die Ausführungen desselben im Allgemeinen meiner Darstellung zu Grunde legen. Es sind folgende Fälle möglich, wenn der Berufungskläger kontumazirt:

1) Das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers stimmt mit dem in erster Instanz auf Grund des Parteivorbringens festgestellten Sachverhältnisse überein, es steht mit demselben nicht im Widerspruch, es widerspricht nicht einer laut dieser erstinstanzlichen Feststellung feststehenden Thatsache (sei es, daß dieselbe feststeht durch ausdrückliches Geständniß, sei es, daß sie feststeht durch Leistung, Verweigerung der Leistung oder Erlassung eines Eides) und ist auch nicht laut dieser Feststellung durch damit nicht in Einklang zu bringende aufgestellte Behauptungen bestritten worden. Hier tritt dem Berufungsbeklagten gegenüber das Präjudiz der Annahme des Zugeständnisses ein; das Berufungsgericht hat als Versäumnißfolge auszusprechen: die Annahme des Zugeständnisses.

2) Das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers stimmt mit dem in I. Instanz auf Grund des Parteivorbringens festgestellten Sachverhältnisse nicht überein; es liegen also solche That-

sachen vor, die in I. Instanz bestritten waren und sich auch jetzt noch als bestritten herausstellen. Bezüglich dieser Thatsachen tritt nicht die Fiktion des Zugeständnisses ein. Hier ist vielmehr in Betracht zu ziehen, ob der Berufungskläger in appellatorio bezüglich derselben (bestrittenen) Thatsachen die Aufnahme neuer Beweismittel beantragt oder nicht. Im Falle er solche nicht beantragt, so bleibt die Behauptung bestritten, und hat der Berufungsrichter dieselbe nach § 259 frei zu würdigen. Beantragt er sie, und ist die Aufnahme der neuen Beweismittel eine zulässige (Unzulässigkeit in den Fällen der §§ 341. 383 Abs. 2. 410. 411. 428 Abs. 2. 429. 544 Abs. 2), so erfolgt gleichwohl keine Beweiserhebung, sondern es wird fingirt, die beantragte Beweiserhebung habe das in Aussicht gestellte Resultat gehabt.

3) Das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers geht neben dem in I. Instanz festgestellten Sachverhältnisse her. Es liegt ein thatsächliches neues mündliches Vorbringen vor, welchem in I. Instanz vom Gegner weder direkt noch auch durch Behaupten entgegengesetzter Thatsachen Widerspruch entgegen gesetzt worden ist. Hier tritt wiederum, wie bei Fall 1), Annahme des Zugeständnisses als Versäumnißfolge ein.

Mit Recht bemerkt Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 4 zu § 504 S. 349:

> „Der Richter muß in Anwendung des Abs. 2 § 504 genau so zu Werke gehen, wie es von den Gegnern (der Berufung) geschildert ist. (Puchelt Bd. I Einleitung S. 67. 68). Gegen eine solche Monstrosität bleibt nur der Trost, daß der in I. Instanz siegreiche Beklagte nicht leicht den Termin versäumen wird, und daß er den Einspruch hat." —

Vgl. auch den Bericht (Puchelt hat denselben in Band 1 seines Kommentars, Einleitung S. 57 ff. vollständig mitgetheilt; vgl. auch Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von Hahn — Civilprozeßordn. II. Abtheilung S. 1197 — Nr. 5 der Drucksachen der II. Session 1874—1875, insbes. S. 7) der Kommission zur Vorberathung über die Entwürfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Civilprozeßordnung und einer Strafprozeßordnung über den Entwurf einer Civilprozeßordnung vom 19. Oktober 1876 (insbes. S. 67 u. 68 des Puchelt'schen Kommentars Bd. I und S. 7 der Nr. 5 der Drucksachen der II. Session 1874—1875

amtl. Ausgabe). In diesem Berichte ist, wo von Beibehaltung der Berufung im Rechtsmittelsysteme die Rede ist, die Ansicht der Minderheit der Kommission, welche für Beseitigung der Berufung aus dem Entwurfe war, mitgetheilt, und heißt es unter anderem wörtlich, wie folgt:

„Zu großen Widersprüchen könne ferner in der Berufungsinstanz die Anwendung des § 483 (jetzt § 504) Veranlassung geben, wenn nur der Berufungskläger erschienen sei.

Hier habe das Gericht zunächst zu prüfen: ob das vom Berufungskläger Vorgebrachte der Feststellung im angefochtenen Urtheil entspricht?

Dann: ob die neu vorgebrachten Thatsachen oder Beweise in der vorbereitenden Schrift angegeben sind?

Ferner hat das Gericht bei zulässigen neuen Beweismitteln anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß hatten.

Bei neuer Zeugenbeweisantretung in II. Instanz habe also das Gericht unter Prüfung der Zulässigkeit alles Vorgebrachten auf Grund der Akten sich aus den mündlichen Erklärungen des Berufungsklägers, aus den in I. Instanz protokollirten Zeugenaussagen und aus dem fingirten Ergebnisse der neuen Beweise ein Gesammtbild zu konstruiren, und in freier Beweiswürdigung das Urtheil zu finden!" —

Soviel über den Fall der Versäumniß des Berufungsbeklagten. Auf alle Einzelnheiten hier einzugehen, würde zu weit führen. Ich verweise insbes. auf Gaupp Civilproz.ordn. II Anm. zu § 504 S. 534 ff. v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 504 S. 591 ff. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 504 S. 571 ff. von Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 504 S. 383 ff. Bleiben in einem Beweisaufnahmetermin beide Theile oder nur ein Theil aus, so ist § 332 maßgebend. Vgl. auch § 335. Vgl. Entscheid. des Reichsgerichts I. C.S. vom 20. März 1880 I S. 238.

§ 301 findet für die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung eines Versäumnißurtheils seine ganze und volle Anwendung im Berufungsverfahren. Die Partei, deren Antrag zurückgewiesen worden ist, hat das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde. §§ 301. 540. Wird der Beschluß in Folge dieses Rechtsmittels wieder aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Ter-

mine nicht zu laden; daher ist sie auch nicht zur Verhandlung zuzulassen, wenn sie ungeladen erscheint. Vgl. Seuffert Civilproz.-Ordn. Bem. 2 zu § 301 S. 371. v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 301 S. 397. A. M. ist Erythropel in „Bemerkungen zum § 301 d. deutsch. Civilproz.ordn." in Busch's Zeitschrift II (1880) S. 120, welcher den ungeladen Erscheinenden gleichwohl zur Verhandlung zulassen will, welcher Ansicht jedoch nicht beizustimmen sein dürfte.

Auch im Versäumnißverfahren ist, entsprechend dem Grundsatz der Mündlichkeit, das festgestellte Sachverhältniß vorzutragen, da dasselbe dem Berufungsgericht an sich nicht bekannt ist. Vgl. Entscheid. des Reichsgerichts III. C.S. vom 25. Januar 1881 IV S. 368 ff. 371. — Was das Versäumnißverfahren bezüglich der Anschlußberufung anlangt, so gelten hier dieselben Bestimmungen und Grundsätze, welche bezüglich der Berufung überhaupt maßgebend sind, also § 504. Vgl. Motive a. a. O. am Ende S. 313. — Hier sei bemerkt: Wenn beim Ausbleiben des Berufungsklägers auf Antrag die Berufung zurückgewiesen wird und der Berufungsbeklagte eine als selbständige Berufung geltende Anschlußberufung eingelegt hat (§ 483 Abs. 2), so greift bezüglich dieser Anschlußberufung der Abs. 2 § 504 Platz. Ist jedoch in demselben Falle die Anschlußberufung keine selbständige Berufung im Sinne des Abs. 2 § 483, so fällt die Anschlußberufung gleichwohl nicht weg, da es nicht richtig ist, wenn v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 504 S. 591 annehmen, daß das Ausbleiben des Berufungsklägers als ein Verzicht auf die Berufung bezw. als eine Zurücknahme derselben anzusehen sei, und somit nach § 482 Abs. 1 auch die Anschlußberufung wegzufallen habe. Die Prozeßordnung versteht unter Zurücknahme im Sinne des § 475 (§ 482 Abs. 1) nur eine ausdrücklich erklärte Zurücknahme und keine solche, die durch konkludente Handlungen erfolgt. Vgl. meine Ausführungen zu § 7 S. 89 ff. — In diesem Falle ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Adhärenten, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht im Wege steht, vom ausgebliebenen Berufungskläger für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässiger Weise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß u. s. w., § 504 Abs. 2, gerade wie beim Falle der Anschlußberufung im Sinne des Abs. 2 § 483. Bleibt der Berufungsbeklagte, der adhärirt hat — sei es, daß seine Anschluß-

berufung als eine selbständige Berufung oder als gewöhnliche Anschlußberufung erscheint — im Verhandlungstermin aus, so ist seine Adhäsion auf Antrag nach § 504 Abs. 1 zurückzuweisen. Vgl. meine Ausführungen zu § 7 d. B. S. 89.

Was die Streitgenossen in appellatorio anbelangt, so findet bezüglich des Versäumungsverfahrens § 59 Anwendung. Vgl. auch § 4 d. B. S. 44. — Vgl. wegen der Anschlußberufung auch insbes. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. zu § 504 S. 534 ff. 538. Vgl. zu § 504 überhaupt noch: Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 504 S. 465 ff. Remelé Handbuch S. 286. 287. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 504 S. 437 ff. Puchelt Civilproz.ordn. II. Bem. zu § 504 S. 363 ff. Uebel Civilproz.ordn. II Bem. zu § 504 S. 26. von Canstein Die rationellen Grundlagen u. s. w. II Abth. 5 d. Contumazialsyst. S. 254 ff. Fitting Zur Einführung in die Reichsgerichtsverf. u. d. Reichsciv.proz. S. 107 ff. Siebenhaar Civilproz.ordn. Bem. zu § 504 S. 501 Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. zu § 504 S. 425. Wach Vorträge S. 205 ff. Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. zu § 504 S. 363. Fitting Reichscivilproz. (5. Aufl.) § 71 VIII S. 276. Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 504 S. 558 ff. v. Sarwey Civilproz.ordn. I Bem. zu § 504 S. 685 ff. Entw. § 483. Nordd. Entw. §§ 808—810. Prot. S. 245—247.

II. Buch.

Die Beschwerde.

§. 20.

Begriff und charakteristische Eigenschaften der Beschwerde.

Das Feststellen des Begriffes des Rechtsmittels der Beschwerde und die Darlegung, worin sich solches von den beiden andern Rechtsmitteln unterscheidet, macht es vor Allem nothwendig, die Begriffe der Rechtsmittel, welche die Reichscivilprozeßordnung kennt und deren es nach derselben nur drei gibt, zu präzisiren. Ueber den Begriff des Rechtsmittels vgl. § 1 d. B. S. 1 ff. — Die drei Rechtsmittel der Reichscivilprozeßordnung sind: die Berufung, die Revision und die Beschwerde.

Die Berufung ist dasjenige mit Suspensiveffekt versehene, eine Beschwerdesumme nicht erheischende, innerhalb einer einmonatlichen Nothfrist, die mit der Zustellung des beschwerenden Urtheils beginnt, einzulegende Rechtsmittel, vermittelst dessen eine Partei, nachdem in ihrem Rechtsstreit in I. Instanz ein Urtheil ergangen ist, das Recht auf Gewährung eines neuen Judicium's, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem höheren Richter geltend macht (Devolutiveffekt).

Die Revision ist das devolutive, mit Suspensiveffekt versehene, bei Streitigkeiten über vermögensrechtliche Auspruche (sonst nicht) eine Revisionssumme erheischende, innerhalb einer einmonatlichen Nothfrist, die mit der Zustellung des beschwerenden Urtheils beginnt, einzulegende Rechtsmittel, mit welchem die rechtliche Beurtheilung, welche ein Prozeß in II. Instanz gefunden hat, nicht die thatsächliche Würdigung des Parteivorbringens und der Beweise, angefochten wird.

Die Beschwerde endlich ist das devolutive, regelmäßig nicht mit Suspensiveffekt versehene, eine Beschwerdesumme nicht erheischende, in den Fällen der einfachen Beschwerde bezüglich der Einlegung an keine Frist, in den Fällen der sofortigen Beschwerde an eine zweiwöchentliche Nothfrist, welche in der Regel mit der Zustellung der beschwerenden Entscheidung beginnt, gebundene Rechtsmittel gegen richterliche Verfügungen, die nicht Urtheile sind, und zwar dies nur in den im Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und ferner gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist. § 530.

Beide Kategorien: die im Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle und die eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernden Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist — begreifen in sich: Fälle, in welchen ohne Endurtheil die Einleitung oder Fortsetzung eines Verfahrens versagt oder aufgehoben wird; ferner Fälle, in welchen nur noch die Ausführung eines Endurtheils in Frage steht; Entscheidungen, welche Personen außer den Prozeßparteien betreffen; Fälle, welche eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen; Fälle, welche einen Streit zwischen Parteien und dritten Personen betreffen; Fälle, die eine sachliche Entscheidung nicht enthalten und endlich ausnahmsweise solche Entscheidungen, auf welche alle diese Kriterien nicht passen und die deßhalb mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angefochten werden können, weil die betreffenden Entscheidungen eine mehr untergeordnete Bedeutung haben und deßhalb die einfacheren Prozeßformen der Beschwerde rechtfertigen.

Aus der Gegenüberstellung der drei Rechtsmittel und deren Vergleichung mit einander ergibt sich Folgendes: Gemeinsam haben die drei Rechtsmittel den Devolutivcharakter; er gehört eben zur Wesenheit des Rechtsmittelbegriffs. Im Uebrigen stimmen sie nicht überein. Was den Suspensivcharakter anbelangt, so haben solchen stets die Berufung und die Revision, d. h. die rechtzeitige Einlegung dieser Rechtsmittel bringt den ganzen Rechtsstreit vor das höhere Gericht, das Berufungs- oder Revisionsgericht, und hindert die Rechtskraft des durch die Berufung, die Revision angefochtenen Urtheils seinem ganzen Umfange nach, sowie für beide Theile (jedoch ist vorläufige Vollstreckbarkeit möglich in Gemäßheit

der §§ 648—650, 496). § 645. — Die Beschwerde hingegen hat (§ 702 Nr. 3) regelmäßig keinen Suspensiveffekt, sondern nur in den Ausnahmefällen des § 535, d. i. dann, wenn sie gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579 und 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist, und auch nur insoweit, als das Gericht, dessen Entscheidung durch Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde angefochten wird, anordnen kann, daß die Vollziehung dieser Entscheidung auszusetzen sei, oder als das Beschwerdegericht — der höhere Richter — vor der Entscheidung über die Beschwerde eine einstweilige Anordnung erlassen kann, bezw. anordnen kann, daß die Vollziehung der Entscheidung auszusetzen sei. Die Beschwerde erheischt, sowenig wie die Berufung, im Gegensatz zur Revision, welche bei Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche eine summa gravaminis, Revisionssumme, voraussetzt, keine Beschwerdesumme.

Die Hauptverschiedenheit der Rechtsmittel der Berufung und der Revision einerseits und der Beschwerde anderseits liegt darin, daß die Berufung und Revision prinzipiell gegen Endurtheile und nur gegen Endurtheile zulässig sind (zu den Endurtheilen sind auch diejenigen Zwischenurtheile zu rechnen, welche die Reichscivilproz.ordn. selbst in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile betrachtet wissen will — die sog. Quasi-Endurtheile —, welche aber sonst stets nur als Zwischenurtheile gelten — vgl. §§ 472, 247, 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 562 Abs. 1 u. 3, 502 Abs. 1 u. 3 — ferner die Theilurtheile — vgl. §§ 272, 273 — und die Versäumnißurtheile, welche jedoch nur in einem Falle für den Kontumazirten der Berufung oder der Revision unterliegen: dann, wenn gegen sie zwar der Einspruch an sich nicht statthaft, die Berufung, die Revision jedoch darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe — §§ 474. 310), daß hingegen das Rechtsmittel der Beschwerde niemals gegen Endurtheile gegeben ist, sondern nur gegen solche richterliche Verfügungen, welche nicht Urtheile, die eigentliche Objekte des Rechtsstreits betreffen, sind. Namentlich sind der Beschwerde auch entzogen die zwischen den Parteien erlassenen Zwischenurtheile, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind. §§ 473. 510. Diese sind nur mit der Berufung oder Revision anfechtbar, jedoch nur, wenn diese Rechtsmittel gegen das nachfolgende Endurtheil gerichtet werden. §§ 473. 510. (Prinzip der Konzentration der Berufung und Re-

vision.) Die Zwischenurtheile, welche einen Zwischenstreit zwischen einer Partei und einem Dritten entscheiden, sind mit der (sofortigen) Beschwerde anfechtbar (§§ 68, 97, 126, 352, 367).

Die anderen Unterschiede zwischen der Beschwerde und den Rechtsmitteln der Berufung und Revision ergeben sich aus den oben dargestellten Begriffsbestimmungen derselben und interessiren hier weiter nicht.

Indem ich nunmehr des Nähern auf das Rechtsmittel der Beschwerde eingehe, ist es vor Allem zur Klarstellung des oben gegebenen Begriffs der Beschwerde nothwendig, nachzuforschen, von welchen Anschauungen bei Schaffung des Rechtsmittels der Beschwerde der Gesetzgeber ausging und von welchen Erwägungen er hierbei geleitet wurde. Den besten Aufschluß hierüber gibt der Wortlaut der Motive. Diese besagen zu den §§ 506 bis 516 (jetzt §§ 530 bis 540) S. 328 ff. Folgendes:

„Da die Rechtsmittel der Berufung und Revision nur zur Anfechtung der nach verhandeltem Rechtsstreit unter den Parteien ergehenden Endurtheile bestimmt sind, so bedarf es eines weiteren Rechtsmittels für die Fälle, in welchen ohne Endurtheil die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens versagt oder aufgehoben wird, ferner für die Fälle, in welchen nur noch die Ausführung eines Endurtheils in Frage steht, endlich für die Entscheidungen, welche Personen außer den Prozeßparteien betreffen.

Die Zulassung der Anfechtung einer Entscheidung durch Beschwerde gestattet zugleich den Ausschluß der Einwirkung jedes anderen Rechtsmittels (§§ 453. 486, jetzt §§ 473. 510), und dieser Erfolg empfiehlt die Zulassung der Beschwerde gegen die Entscheidung solcher untergeordneten Streitpunkte, deren entgegengesetzte Entscheidung, von nur mittelbarem Einfluß auf die Entscheidung der Hauptsache, doch ein anderes Verfahren in derselben bedingen würde, so daß der Aufschub der endgültigen Entscheidung störend einwirken müßte.“ —

In Erwägung dieser Umstände gab der Gesetzgeber, von obigen Betrachtungen ausgehend, das Rechtsmittel der Beschwerde als Ergänzung und Ausfüllung der Lücke, welche sich ohne dieses dritte Rechtsmittel noch im Rechtsmittelsysteme des Gesetzbuchs befand. Das Rechtsmittel der Beschwerde ist deßhalb gegeben, weil, wenn

Berufung und Revision nicht zulässig sind, dennoch in manchen Fällen, in denen eine Beschwerde der Partei oder auch eines im Rechtsstreite fungirenden Dritten vorliegt, ein Rechtsmittel, ein Rechtsbehelf zulässig sein muß, um gegen richterliche Willkür oder auch gegen unrichtige Anwendung oder Auslegung des Gesetzes gesetzlichen Schutz und gesetzliche Abhülfe zu gewähren behufs gedeihlicher Rechtspflege und auch insbesondere behufs Siegs des materiellen Rechts. Die Motive charakterisiren in § 11 der allgemeinen Begründung — S. 39 — die Beschwerde als ein Rechtsmittel, welches gegenüber den beiden anderen Rechtsmitteln der Berufung und Revision von einer mehr untergeordneten Bedeutung ist, indem der Gegenstand der Beschwerde nicht nur aus verhältnißmäßig einfachen, unbedeutenden Entscheidungen besteht, weßhalb auch für die Anfechtung dieser Entscheidungen selbst einfache Formen vom Gesetzgeber gewählt worden sind; die einzelnen Entscheidungen, welche den Gegenstand des Rechtsmittels der Beschwerde bilden, — so sagen treffend die Motive a. a. O. — sind ganz unmöglich in einer allgemeinen Gesetzesformel zusammenzufassen.

Zur allgemeinen Charakterisirung der einzelnen durch das Rechtsmittel der Beschwerde anzufechtenden Entscheidungen und damit zur Charakterisirung des Rechtsmittels selbst wird dann weiter von den Motiven a. a. O. ausgeführt: Während die Berufung und Revision nur Endurtheile zum Gegenstande haben, welche nach vorgängiger mündlichen Verhandlung sachliche Entscheidungen fällen, so sind hingegen der Beschwerde solche Entscheidungen unterworfen, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen den Parteien und dritten Personen betreffen oder eine sachliche Entscheidung nicht enthalten, oder endlich ausnahmsweise Entscheidungen enthalten, bei welchen diese Kriterien nicht passen, weil die betreffenden Entscheidungen eine mehr untergeordnete Bedeutung haben und deßhalb die einfachen Prozeßformen der Beschwerde rechtfertigen.

Nach den Motiven S. 328 ff. wird sodann im Hinblick auf diese allgemeine Charakterisirung der Beschwerde in § 11 der allgemeinen Begründung bemerkt, daß die Beschwerde zum Zweck habe, einmal: das System der Rechtsmittel zu ergänzen, und dann: durch das Ausscheiden nebensächlicher Streitpunkte den Stoff für die übrigen Rechtsmittel und dadurch das

Verfahren selbst zu vereinfachen. In Abweichung von den bisherigen Gesetzgebungen, den Partikularprozeßgesetzgebungen der einzelnen deutschen Bundesstaaten, gibt unser Gesetzbuch weder eine zusammenhängende Aufzählung der Fälle, in welchen die Beschwerde zulässig ist, wie dies z. B. unter anderen Gesetzgebungen in der badischen bürgerlichen Prozeßordnung von 1864 in § 1157 geschieht, noch ordnet sie die Beschwerdefälle nach Zulässigkeitsgruppen, vielmehr enthält sie sich jeder mehr oder weniger vollständigen Aufzählung, sondern spricht in den einzelnen Gesetzesparagraphen, wo es eben zutrifft, die Zulässigkeit der Beschwerde aus oder stellt, wie sie dies insbesondere in der zweiten Hälfte des § 530 thut, einen allgemeinen Grundsatz hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde auf. Diese Redaktion der Materie empfiehlt sich nach den Motiven a. a. O. deßhalb, weil, neben der hieraus resultirenden größeren Kürze und Verständlichkeit, sich aus dieser Methode der Sachbehandlung am deutlichsten zeigt, in welchen Fällen die Anfechtung der betreffenden Entscheidung durch Beschwerde zulässig ist, und in welchen Fällen jede Anfechtung, also auch die durch Beschwerde, ausgeschlossen ist. Wie in den Motiven a. a. O. ausgeführt ist — S. 328 —, ist, im Falle die Beschwerde als Anfechtungsmittel einer Entscheidung zulässig ist, jedes andere Rechtsmittel, d. h. Berufung und Revision, ausgeschlossen — vgl. §§ 473. 510 —, weßhalb

> „die Beschwerde gegen solche untergeordnete Streitpunkte zugelassen ist, deren entgegengesetzte Entscheidung, von nur mittelbarem Einfluß auf die Entscheidung der Hauptsache, doch ein anderes Verfahren in derselben bedingen würde, so daß der Aufschub der endgültigen Entscheidung störend einwirken müßte."

Dies ist z. B. der Fall des § 46, nach welchem gegen den Beschluß des Gerichts, durch welchen das Gesuch auf Ablehnung eines Richters für unbegründet erklärt wird, die sofortige Beschwerde — § 540 — stattfindet; ferner im Falle des § 229, nach welchem gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund des V. Titels der Reichscivilprozeßordnung (Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens) oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder auch abgelehnt wird, Beschwerde — § 530 — und im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde — § 540 — statthat; ferner im Falle des § 371 Abs. 5, wonach

gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen für unbegründet erklärt wird, sofortige Beschwerde stattfindet. §§ 540. 532 Abs. 2.

Wie ich schon oben bemerkt, tritt das Rechtsmittel der Beschwerde als drittes Rechtsmittel zu den zwei andern Rechtsmitteln, der Berufung und Revision, und zwar diese ergänzend, hinzu. Die Beschwerde findet Anwendung bei solchen Entscheidungen, deren Anfechtbarkeit der Gesetzgeber für im Interesse der Rechtspflege zulässig und nothwendig erachtet, jedoch nicht für so wichtig und bedeutend, um gegen sie die Rechtsmittel der Berufung und Revision zu gestatten, weßhalb in all' den Fällen, wo die Berufung und Revision zulässig, die Beschwerde prinzipiell ausgeschlossen ist und umgekehrt.

In kurzer Rekapitulation des Dargestellten stelle ich folgd. Sätze auf:

Während Berufung und Revision sich gegen Endurtheile richten, richtet sich die Beschwerde gegen Entscheidungen, die nicht die Hauptsache, sondern Neben- oder Zwischenpunkte betreffen.

Die Beschwerde ist in den Fällen zulässig, in welchen, ohne daß das betreffende Urtheil, die betreffende Entscheidung, welche beschwerend ist, ein Endurtheil ist, die Einleitung oder Fortsetzung eines Verfahrens eben durch diese beschwerende Entscheidung versagt oder aufgehalten worden ist — als Beispiel diene §§ 68. 301 — ferner, in welchen nur noch die Ausführung eines Endurtheils in Frage steht — § 701 — und endlich, in welchen Entscheidungen erlassen werden, die Personen betreffen, die nicht die Prozeßparteien sind. — §§ 345. 355 u. s. w. Vgl. die bereits oben citirten Motive — S. 328 —.

In diesen Sätzen, welche die Motive enthalten, ist die Charakteristik der Beschwerde gegeben. Dieselbe charakterisirt sich noch in Folgendem: Der Beurtheilung des Berufungsgerichts, des Revisionsgerichts unterliegen in Gemäßheit der Bestimmung der §§ 473 und 515 auch diejenigen Entscheidungen des Gerichts, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, insofern sie nicht nach den Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind. Hieraus folgt, daß, wenn die Beschwerde gegen eine solche Entscheidung zulässig ist, die Berufung und Revision ausgeschlossen ist. Die Motive bezeichnen dies a. a. O. der Art:

„Die Zulassung der Anfechtung einer Entscheidung durch Beschwerde gestattet zugleich den Ausschluß jedes anderen Rechtsmittels u. s. w. —“.

Von selbst versteht es sich, daß in dem Falle auch das Rechtsmittel der Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn durch das Gesetz die Anfechtung einer Entscheidung überhaupt als unzulässig erklärt ist. Bezüglich der überhaupt unanfechtbaren Entscheidungen siehe § 3 d. B. S. 36 ff.

Gehen wir nun zu dem Gesetze selbst über.

In der Prozeßordnung ist das Rechtsmittel der Beschwerde behandelt im III. Buch unter der Rubrik „Rechtsmittel“, und zwar im 3. Abschnitt des III. Buchs (im 1. Abschnitt findet die Berufung, im 2. Abschnitt die Revision ihre Behandlung) in den §§ 530 bis einschl. 540.

In den §§ 530 bis einschl. 531 sind die Bestimmungen enthalten, welche die Zulässigkeit der Beschwerde als solcher betreffen; die §§ 532 bis einschl. 535 beschäftigen sich mit der Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde und der Thätigkeit des Gerichts, des Richters, welcher die beschwerende Entscheidung erlassen hat; die §§ 536 bis einschl. 539 haben das Verfahren vor dem Beschwerdegericht zum Gegenstand und endlich § 540 beschäftigt sich mit der sofortigen Beschwerde.

Nach dieser Sichtung des Stoffes, wie ihn die Reichscivilprozeßordnung vorgenommen hat, werde ich im Allgemeinen im Folgenden die darzustellende Materie behandeln und verbreite mich daher zunächst über die Zulässigkeit der Beschwerde als solcher.

§ 21.

Die Zulässigkeit der Beschwerde als solcher, sowohl der einfachen Beschwerde als der sofortigen Beschwerde — § 530.

Der § 530 besagt wörtlich:

„Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.“

Der § 530 stellt in Bezug auf die Fälle der Zulässigkeit der Be-

schwerde zwei Kategorien auf. Einmal ist die Beschwerde zulässig in den in der Reichscivilprozeßordnung besonders hervorgehobenen Fällen, welche den oben — § 20 d. W. S. 192 ff. — bezüglich der allgemeinen Charakterisirung des Rechtsmittels erörterten Gesichtspunkten entsprechen, und dann ist sie zulässig gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung der Sache nicht erheischende Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist; auch hier sind die bezüglich der allgemeinen Charakterisirung des Rechtsmittels in § 20 d. W. S. 192 ff. erörterten Gesichtspunkte maaßgebend.

Aus dieser Kategorisirung der zulässigen Beschwerdefälle zeigt sich so recht, daß die Beschwerde der Reichscivilprozeßordnung ein ganz besonders gestaltetes Rechtsmittel ist, welches weder dem gemeinen Prozeßrechte noch auch den partikularen Prozeßgesetzen entspricht, indem es eben ein ganz eigenthümliches Gepräge hat. Will man gleichwohl auf das gemeine Prozeßrecht in der Erklärung unseres Rechtsmittels zurückgehen, so kann man im Allgemeinen, aber auch nur im Allgemeinen sagen: Die Reichscivilprozeßordnung schließt sich ihrem Grundcharakter nach in Bezug auf das Rechtsmittel der Beschwerde an die querela simplex des gemeinen deutschen Civilprozesses an. Diese querela simplex, die einfache Beschwerde des gemeinen Prozeßrechts ist ein außerordentliches Rechtsmittel im Sinne des gemeinen Prozeßrechts, indem es nicht an die zehntägige Interpositionsfrist gebunden ist. Auch ist sie ein devolutives Rechtsmittel und erheischt keine Beschwerdesumme. Nach der Reichscivilprozeßordnung erscheint die Beschwerde als ein „Rechtsmittel", weder als ein ordentliches noch als ein außerordentliches Rechtsmittel, sondern lediglich als ein „Rechtsmittel", indem unsere Prozeßordnung — vgl. § 1 d. W. S. 4 ff. — die Eintheilung, bezw. Unterscheidung der Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel nicht kennt. Abgesehen hiervon bestehen die weiteren Unterschiede und übereinstimmende Eigenschaften der querela simplex und der Beschwerde unseres Gesetzbuchs, soweit hier überhaupt Vergleichungen möglich sind, noch in Folgendem: Die querela simplex ist an keine Frist gebunden, sowenig wie die Beschwerde, d. h. die einfache Beschwerde, welche der eigentliche Typus der Beschwerde ist. Die sofortige Beschwerde, welche die Ausnahme bildet, ist hingegen innerhalb einer zweiwöchentlichen Noth-

frist einzulegen. Die Beschwerde ist wie die querela simplex ein devolutives Rechtsmittel, das an keine summa gravaminis gebunden ist. Die Beschwerde der Civilprozeßordnung erzeugt (mit Ausnahme des Falls des § 535), sowenig wie die querela simplex Suspensiveffekt. Nach gemeinem Prozeßrechte wird durch die Zulässigkeit der querela simplex die Anwendung anderer Rechtsmittel nicht ausgeschlossen; die querela simplex konkurrirt mit anderen Rechtsmitteln. Anders verhält es sich mit der Beschwerde unserer Prozeßordnung. Im Falle ihrer Zulässigkeit ist jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen. Unter den verschiedenen Fällen der simplex querela des gemeinen Prozeßrechts, welches durchaus nicht in abgeschlossener Weise das Gebiet der simplex querela behandelt, sondern die allerverschiedenartigsten prozessualischen Vorgänge (mit Ausnahme der Decisivdekrete, Urtheile, es sei denn, daß die Appellation mit der Beschwerde verbunden wird) derselben unterwirft, ist besonders hervorzuheben: die simplex querela de denegata justitia — die einfache Beschwerde gegen Justizverweigerungen — und die simplex querela de protracta justitia — die einfache Beschwerde gegen Justizverzögerungen —, welche beide an die dem beschwerenden Gerichte unmittelbar vorgesetzte Aufsichtsbehörde zu richten sind (was in allen Fällen der simplex querela der Fall ist), bezw. wenn das oberste Landesgericht das beschwerende Gericht ist, an den Träger der höchsten Staatsgewalt. Nach der badischen bürgerlichen Prozeßordnung von 1864 gingen die Beschwerden gegen den höchsten Gerichtshof, das Großh. Oberhofgericht in Mannheim, soweit sie zulässig waren, an die oberste Staatsbehörde, das Staatsministerium, § 1158 der bad. bürg. Proz.ordn. von 1864.

Für Hannover vgl. hann. Prozeßord. § 457. Bezüglich des gemeinen Prozeßrechts in dieser Frage vgl. Martin Lehrbuch des gemeinen Prozesses (12. Aufl.) § 295 S. 539. Wetzell System (3. Aufl.) § 61 Nr. 1. Renaud Lehrbuch d. gem. deutsch. Civilprozeßrechts § 193 I.

Die deutsche Reichscivilprozeßordnung kennt diese beiden Beschwerden: die Beschwerde wegen Justizverweigerungen und Justizverzögerungen, nicht. Dies erklärt sich daraus und hat darin seinen Ursprung, daß man bei der Fassung des Gesetzes von der Anschauung ausging, diese Beschwerden wegen Justizverweigerung und Justizverzögerung gehörten in den Bereich der

Disziplin der Gerichte und nicht in den der bürgerlichen Prozeßordnung. Vgl. besonders Prot. der Komm. I. Lesung — S. 272. Die Vorschriften, welche in dieser Hinsicht nothwendig fallen, sind als Bestandtheile der Disziplin der Gerichte diesen und, soweit Landesgerichte in Betracht kommen, der Landesgesetzgebung überlassen. Vgl. Komm.-Prot. z. Gerichts-Verf.-Ges. S. 144 ff. Vgl. auch das badische Einführungsgesetz zu den Reichsjustizgesetzen vom 3. März 1879 — Gesetzes- und Verordnungsblatt Nr. 10 (Gesetz, die Einführung der Reichsjustizgesetze im Großherzogthum Baden betreffend), insbesondere die §§ 17, 18, wonach die Aufsicht über die Ausübung der Rechtspflege, sowie die unmittelbare Dienstaufsicht über das Oberlandesgericht dem Justizministerium zusteht, hingegen die unmittelbare Dienstaufsicht über die Amtsgerichte die Landgerichte nach Anordnung des Justizministeriums und über die Rechtspflege der Bürgermeister die Amtsgerichte zu führen haben. Ueber die Rechtspflege der Landgerichte hat wohl das Oberlandesgericht die Dienstaufsicht zu führen, was jedoch in dem Einführungsgesetz nicht gesagt ist, sich aber bei analoger Auslegung des Gesetzes von selbst versteht. Vgl. auch Art. 23 des Würtemberg. Ausf.-Ges. zum Ger.-Verf.-Ges. Gaupp Civilprozeßordn. II Vorbem. VI zum 3. Abschn. des III. Buchs der C.P.O. S. 582 ff.

Für Preußen vgl. Ausf.-Ges. z. G.V.G. §§ 85, 78 ff. Für Bayern vgl. Ausf.-Ges. z. G.V.G. Art. 73, 74. Zu erwähnen ist hier noch, daß der Bundesrath Abhülfe zu gewähren hat, wenn in einem Bundesstaat des deutschen Reichs die Rechtspflege überhaupt verweigert wird. Dies bestimmt Art. 77 der Reichsverfassung. Früher, zur Zeit des alten deutschen Bundes ging eine solche Beschwerde an den Bundestag. Vgl. Wiener Schlußakte Art. 29; Bundestagskommissionsgutachten, angenommen am 12. Juni 1817 § 5 Nr. 3 (bei v. Meyer, Corpus Constit. Germ. I. Lief. S. 86.). Vgl. auch Zöpfl Grundsätze des deutschen Staatsrechts (5. Aufl.) I § 156. a. Bezügl. des neuen Reichsstaatsrechts (Art. 77 der Reichsverfassung) vgl. Bluntschli Deutsche Staatslehre für Gebildete S. 405. 406; Robert v. Mohl das deutsche Reichsstaatsrecht S. 204.

Wie schon oben bemerkt, ist in den Fällen des § 530 jede andere Art der Anfechtung als durch Beschwerde prinzipiell ausgeschlossen. Es ist durchaus unzulässig, die Beschwerde mit der Berufung oder Revision zu verbinden, und es kann daher auch, wenn im zulässigen

Falle von dem Rechtsmittel der Beschwerde kein Gebrauch gemacht wird, der Grund der Beschwerde später nicht mehr im Wege der Berufung oder Revision geltend gemacht werden. Vgl. §§ 473. 510. Dies ergibt sich insbesondere aus § 473, der bestimmt, daß der Beurtheilung des Berufungsgerichts auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften der Prozeßordnung unanfechtbar, oder mit der Beschwerde anfechtbar sind; und der § 510 bestimmt das Gleiche hinsichtlich der Revision. Hervorgehoben sei hier noch, als im Zusammenhange mit dem bereits Ausgeführten, daß die Zulässigkeit der Beschwerde, die ein durchaus selbständiges, auf eigenen Füßen stehendes Rechtsmittel ist, in keiner Weise davon abhängt, ob die Berufung oder Revision gegen das im Rechtsstreite ergehende Endurtheil zulässig ist. Sobald die Beschwerde, dieses selbständige Rechtsmittel, in Gemäßheit der gesetzlichen Bestimmungen zulässig ist, so kann sie von einer jeden Instanz aus an die nächst höhere, superordinirte Instanz, gegen Entscheidungen, welche in der untergeordneten Instanz, vom judex gravans, erlassen worden sind, eingelegt werden. Vgl. § 531. Motive S. 329. Das versteht sich von selbst, daß, wenn in einem Falle, in welchem die Berufung oder Revision gegen das Endurtheil nicht zulässig ist, durch die Entscheidung, die auf die eingelegte Beschwerde erfolgt ist, das Endurtheil weder aufgehoben noch abgeändert werden kann.

Nach der Reichscivilprozeßordnung gibt es, wie schon hervorgehoben, zwei Arten der Beschwerde: die einfache Beschwerde (die „Beschwerde" schlechthin genannt) und die sofortige Beschwerde. Die einfache Beschwerde ist die Regel, die sofortige Beschwerde ist die Ausnahme. Was die Behandlung der Materie im Gesetzbuch anbelangt, so beziehen sich die §§ 530 bis einschl. 539 auf die Beschwerde überhaupt (die einfache und sofortige Beschwerde) und in § 540 ist sodann die sofortige Beschwerde ex professo behandelt, soweit sie von der einfachen Beschwerde abweicht. Hervorgehoben muß hier werden, daß die sofortige Beschwerde nur da zulässig ist, wo es das Gesetz ausdrücklich ausspricht mit den Worten, daß sofortige Beschwerde statthat. Die einfache Beschwerde hingegen ist in vielen Fällen statthaft, ohne daß es das Gesetz ausdrücklich ausspricht, wo sich jedoch die Statthaftigkeit aus der richtigen Aus-

legung des § 530 a. E. ergibt. Zum Verständniß der Sache ist es am Platze, auch hier schon im Allgemeinen die Abweichungen der sofortigen Beschwerde von der einfachen Beschwerde anzugeben, und werde ich später bei Behandlung der sofortigen Beschwerde eingehender auf diese Abweichungen sowie überhaupt auf die Eigenthümlichkeiten der sofortigen Beschwerde zu sprechen kommen. Die einfache Beschwerde ist an keine Frist (Nothfrist) hinsichtlich der Einlegung gebunden; hingegen die sofortige Beschwerde muß in einer zweiwöchentlichen Nothfrist bei Vermeidung des Verlustes des Rechtsmittels eingelegt werden. § 540 Abs. 2. Da die einfache Beschwerde an keine Nothfrist gebunden ist, so liegt in der Ergreifung der Berufung oder Revision noch kein Verzicht auf das Rechtsmittel der Beschwerde, zumal ja auch die mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen nicht mit der Berufung oder Revision angefochten werden können. Die einfache Beschwerde erscheint in erster Reihe als eine Art von Gegenvorstellung bei demjenigen Gerichte — judex gravans, judex a quo —, welches die verletzende Entscheidung erlassen hat.

Der judex a quo kann der Beschwerde abhelfen. Hilft er derselben nicht ab, so wendet sich der Beschwerdeführer an das superordinirte Gericht, d. h. der judex a quo legt in diesem Falle die Beschwerde dem Beschwerdegericht, dem judex ad quem vor. Bei der sofortigen Beschwerde hingegen ist der judex a quo nicht befugt, der Beschwerde abzuhelfen; er darf seine Entscheidung, die die Beschwerde erzeugt hat, nicht selbst abändern; dies ist allein Sache des judex ad quem, des Beschwerdegerichts. § 540 Abs. 3. § 534. Bei der sofortigen Beschwerde tritt in den Fällen des § 539 eine besondere, von der bei der einfachen Beschwerde geltenden abweichende Behandlungsweise der Beschwerde ein. (Anfechtung einer Entscheidung eines beauftragten oder ersuchten Richters im Wege eines Gesuchs, und falls das Gesuch abgeschlagen wird, im Wege der Beschwerde.)

Indem ich nach diesen Abschweifungen wieder auf den § 530 zurückkomme, so ist nunmehr vor Allem zu untersuchen, was der § 530 über die Zulässigkeit der Beschwerde überhaupt (der einfachen und sofortigen Beschwerde) bestimmt, wann sie überhaupt statthat?

Die Beschwerde überhaupt ist gestattet nach § 530:

A) gegen die in der Reichscivilprozeßordnung aus-

drücklich als „der Beschwerde unterworfen" bezeichneten Entscheidungen. („In den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen" —. Dies ist der Wortlaut des § 530.)

Diese Fälle sind:

1. Die Zurückweisung der Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen — §§ 46, 49, 371 — sofortige Beschwerde. § 540.

2. Die Entscheidung eines Zwischenstreits einer Partei mit einem Nebenintervenienten, mit dem Anwalt der Gegenpartei, mit einem Zeugen oder Sachverständigen — §§ 68, 126, 352, 367 — sofortige Beschwerde. § 540.

3. Die Verurtheilung der Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, gesetzlichen Vertreter, Rechtsanwälte und der sonstigen Bevollmächtigten zur Tragung der durch ihr grobes Verschulden veranlaßten Kosten — § 97 — sofortige Beschwerde. § 540.

4. Die Festsetzung der einer Partei zu erstattenden Prozeßkosten — § 99 — sofortige Beschwerde. § 540.

5. Die Versagung oder Entziehung des Armenrechts (Anordnung der Nachzahlung der Kosten) — § 18 — einfache Beschwerde.

6. Die Entscheidung über Aussetzung des Verfahrens, wodurch die Aussetzung angeordnet wird — § 229 — einfache Beschwerde.

7. Die Entscheidung über Aussetzung des Verfahrens, wodurch die Aussetzung abgelehnt wird — § 229 — sofortige Beschwerde. § 540.

8. Die Berichtigung des Urtheils wegen Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnlicher offenbarer Unrichtigkeiten — § 290 —. Die Zurückweisung des Antrags auf Berichtigung ist unanfechtbar. („Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel statt" — § 290 Abs. 3.) Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. A. Nr. 8 zu § 530 S. 586 bezeichnet solche unrichtig als mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Nur der Beschluß, der eine Berichtigung ausspricht, ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. § 290 Abs. 3. § 540.

9. Die Versagung des Versäumnißurtheils — § 301 — sofortige Beschwerde. § 540.

10. Die Verurtheilung eines Zeugen oder Sachverständigen zu Strafe und Kosten, sowie die Anordnung von Zwangsmaßregeln

gegen dieselben — §§ 345, 355, 367, 374 — oder gegen den Beklagten in Ehesachen — § 579 — einfache Beschwerde.

11. Der Beschluß auf Ablehnung oder Wiederaufhebung einer Entmündigung bei Geisteskranken — §§ 604, 619, 621 — sofortige Beschwerde, § 540 — mit der Ausnahme des § 625 (Aufhebung der Entmündigung bei Verschwendern, wogegen es keine Beschwerde gibt).

12. Die Zurückweisung eines Gesuchs auf Erlassung des Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren — § 639 — sofortige Beschwerde. § 540.

13. Die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, durch welche ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird — §§ 813 Abs. 4, 815 — sofortige Beschwerde. § 540.

14. Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können — § 701 — sofortige Beschwerde. § 540.

15. Die Versagung des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren — § 829 — sofortige Beschwerde. § 540.

Die Motive, welche in der Aufzählung der als mit der Beschwerde angreifbar ausdrücklich in der Civilprozeßordnung bezeichneten Entscheidungen nicht so vollständig und erschöpfend vorgehen, bemerken hierzu, daß es allen Fällen der Beschwerde gemeinsam ist, daß es sich nicht um eine sachliche Entscheidung der Hauptsache handelt, und daß in diesen Fällen der Apparat der übrigen Rechtsmittel zu umständlich und die mit denselben verbundene Suspension als Regel nicht angemessen ist. Vgl. Motive zu § 506 (jetzt § 530) S. 328.

Die sofortige Beschwerde ist nach dem Dargestellten statthaft in den Fällen, die aufgeführt sind unter: A. Ziffer 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14 und 15.

Ziffer	1	befaßt sich mit den	§§ 46, 49, 371.
Ziffer	2	" " " "	§§ 68, 126, 352, 367.
Ziffer	3	" " " "	§ 97.
Ziffer	4	" " " "	§ 99.
Ziffer	7	" " " "	§ 229.
Ziffer	8	" " " "	§ 290.
Ziffer	9	" " " "	§ 301.
Ziffer	11	" " " "	§§ 604, 619, 621 (625).

Ziffer 12 befaßt sich mit den § 639.
Ziffer 13 „ „ „ „ §§ 813 Abs. 4, 815.
Ziffer 14 „ „ „ „ § 701.
Ziffer 15 „ „ „ „ § 859.

Die einfache Beschwerde ist hingegen statthaft in den Fällen, welche aufgeführt sind unter: A. Ziffer 5, 6 und 10. — Ziffer 5 befaßt sich mit § 118; Ziffer 6 mit § 229 und Ziffer 10 mit den §§ 345, 355, 374, 579.

Die aufgezählten Fälle der sofortigen Beschwerde sind überhaupt die Fälle der sofortigen Beschwerde, welche unsere Civilprozeßordnung kennt. Weitere Fälle der sofortigen Beschwerde gibt es nicht; Analogie greift in Bezug auf die sofortige Beschwerde nicht Platz. Sofortige Beschwerde ist nur zulässig in den Fällen, in welchen die Prozeßordnung dies ausdrücklich sagt, und dies ist eben nur der Fall bei den oben angezogenen Paragraphen. Vgl. Motive zu § 516 (jetzt § 506) S. 332. Die Motive a. a. O. führen auch treffend aus, daß den Fällen der sofortigen Beschwerde gemeinsam ist, daß die anzugreifenden Entscheidungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken, daß diese Entscheidungen daher einer Rechtskraft fähig erscheinen, deren baldiger Eintritt für den ungestörten Fortgang des Verfahrens und für das entgegenstehende Interesse der Betheiligten nothwendig ist. Die sofortige Beschwerde findet auch in der Regel gegen die im Konkursverfahren ergangenen Entscheidungen statt. Konk.-Ordn. § 66. Im Konkursverfahren erscheint die sofortige Beschwerde nicht als Ausnahme, sondern als Regel, d. h. gegen alle Entscheidungen des Konkursgerichts, welche überhaupt anfechtbar sind — eine Anfechtung findet nicht statt in den Fällen der §§ 87, 88, 151, 174 Abs. 3, 175 der Konk.-Ordn. — ist die sofortige Beschwerde als einziges Rechtsmittel im Konkursverfahren gegeben. Vgl. v. Wilmowski Deutsche Reichskonkurs-Ordn. Bem. 4 zu § 66. Unter den mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen der Civilprozeßordnung sind vier Zwischenurtheile, die einen Streit zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten (Nebenintervenienten, Anwalt des Gegners, Zeugen oder Sachverständigen) betreffen — Ziff. 2 der Aufzählung. Die übrigen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen betreffen Beschlüsse, d. h. Anordnungen des Gerichts (Ziff. 1, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14 u. 15). Die mit der ein-

fachen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen betreffen in den Ziffern 5 und 6 Beschlüsse, und in Ziffer 10 können sie theils Beschlüsse, d. h. Anordnungen des Gerichts, theils Verfügungen, d. h. Anordnungen des Vorsitzenden betreffen. Ueber den hier angegebenen Unterschied von Beschlüssen und Verfügungen vgl. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 1 zu § 294 S. 362. Die Verfügungen und Beschlüsse zusammen bilden, wie Seuffert a. a. O. richtig bemerkt, den Gegensatz von Urtheilen.

Zu Ziffer 14, wonach gegen die Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können, in Gemäßheit des § 701 die sofortige Beschwerde gegeben ist, sei noch hervorgehoben: Solche mit der sofortigen Beschwerde anfechtbare Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren finden sich in den §§ 684 Abs. 3, 668, 669, 688, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710, 773—775 (776), 743. Im Uebrigen findet § 701 keine Anwendung auf diejenigen Entscheidungen, welche, wenn sie gleichwohl ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können, im Gesetze ausdrücklich für unanfechtbar erklärt sind; vgl. §§ 647, 656, 657, 689 und 690 Abs. 3 u. 696 Abs. 3, soweit bei den beiden letzteren § 689 in Betracht kommt.

Wenn im Falle des § 662 der Gerichtsschreiber die Ertheilung der Vollstreckungsklausel versagt, so steht dem Gläubiger das Recht auf die Entscheidung des Gerichts zu — § 539 — und gegen diese hat er das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde. § 540 Abs. 4 in Vbd. mit § 701. Vgl. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Anm. 3. zu § 666 S. 486 u. 487; das Gleiche gilt auch bei § 666, vgl. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 662 S. 759 u. Bem. 1 zu § 666 S. 764. Wie bei § 666, so ist es auch hinsichtlich der sofortigen Beschwerde bei § 669 zu halten.

Wenn es sich um Akte des Gerichtsvollziehers handelt, so ist in Gemäßheit des § 685 in erster Reihe das Vollstreckungsgericht anzurufen, gegen dessen Entscheidung die sofortige Beschwerde gegeben ist.

Was endlich die Entscheidungen betrifft, welche in Gemäßheit der §§ 648—656, 660, 661 (689) ergehen, so erscheinen sie als Urtheilsbestandtheile und sind nur mit den gegen die Urtheile gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar. — Diese oben S. 204 ff. unter 15 Ziffern aufgeführten Beschwerdefälle handeln — um allgemeine Gesichtspunkte aufzustellen, bemerke ich dies — von Erledigung

nebensächlicher Punkte, von Zurückweisung gestellter Anträge, von Verfügungen, welche gegen Dritte ergangen sind, von Beschwerden wider das Gericht, den Vorsitzenden des Gerichts, von Beschwerden zwischen den Parteien, zwischen den Parteien gegen Dritte, z. B. gegen Anwälte u. dgl. Diese unter den 15 Ziffern von mir aufgeführten Beschwerdefälle sind ausdrücklich in der Reichscivilprozeßordnung aufgeführt, indem bei den einzelnen Paragraphen, in welchen diese Fälle behandelt werden, stets die Zulässigkeit der Beschwerde, der einfachen oder sofortigen beigefügt ist. Es gibt nun noch eine Reihe von Fällen, in welchen Beschwerden, theils einfache, theils sofortige, zulässig sind (was ausdrücklich in den einzelnen Paragraphen bemerkt ist), welche in anderen Reichsgesetzen als der Reichscivilprozeßordnung enthalten sind, und welche nach der Vorschrift dieser Gesetze nach Maaßgabe der §§ 531 bis 538, d. h. eben nach Maaßgabe der Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung, behandelt werden sollen. Diese sind enthalten:

1. Im Reichsgerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878. Beschwerde ist zulässig:

a) Gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen der Gerichte. § 4 G.K.G.

b) Gegen die Entscheidungen des Gerichts über Festsetzung des Werthes wegen der auf Grund dieser Festsetzung zu berechnenden Gerichtsgebühren. §§ 16, 17 G.K.G.

c) Gegen die Erhebung besonderer Gebühren in den Fällen des § 47 G.K.G. u. § 48 ibid. Abs. 2.

2. In der Reichsgebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878:

Gegen die Festsetzung der Gebühren für Zeugen und Sachverständige. § 17 Abs. 3 G.O.

3. In der Reichsgebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878:

Gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen der Gerichtsvollzieher. § 22 G.O. f. G.-Vollz.

4. In der Rechtsanwaltsordnung für das deutsche Reich:

Gegen die Entscheidung, durch welche vom Prozeßgericht die Beiordnung eines Rechtsanwalts abgelehnt wird und die Auswahl

eines beizuordnenden Rechtsanwalts von dem Gericht erfolgt. §§ 35 u. 36 d. deutsch. R.A.O.

5. In der Gebührenordnung für Rechtsanwälte für das deutsche Reich vom 7. Juli 1879:

Gegen den in § 16 des Gerichtskostengesetzes (Entscheidung des Gerichts über Werthsberechnung bei Gebühren) bezeichneten Beschluß steht dem Rechtsanwalt die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531 bis 538 der Civilprozeßordnung zu. § 12 Anw.-Geb.-Ordn.

Da in diesen reichsgesetzlichen Beschwerdefällen die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531 bis 538 der Civilprozeßordnung statthaft ist, so erscheint diese Beschwerde als einfache und nicht als sofortige. Abgesehen hiervon kennen sodann die Justizgesetze des deutschen Reiches noch eine Beschwerde (ich sehe hier ab von der Beschwerde in der Strafprozeßordnung und der Beschwerde in den §§ 69 u. 89 der Rechtsanwaltsordnung, welche ganz anderen Grundsätzen als unsere civilprozessualische Beschwerde unterstehen), welche jedoch besonders gestaltet ist, und auf welche die Bestimmungen der Civilprozeßordnung höchstens eine analoge Anwendung, und oft diese nicht einmal, finden. Diese Beschwerde ist gegeben gegen Ablehnung und Gewährung der Rechtshülfe in § 160 des Gerichtsverfassungsgesetzes und gegen Ausspruch von Ordnungsstrafen Seitens des Gerichts in Ausübung der Sitzungspolizei, § 183 ibidem.

Ferner findet diese Beschwerde, welche unter die Bestimmungen der Civilprozeßordnung thunlicher Weise durchaus nicht zu bringen ist, statt wegen des Geschäftsbetriebs der Anwaltskammern. §§ 58 u. 59 der Rechtsanw.-Ordn.

Nach § 66 der Reichskonkursordnung endlich — siehe oben S. 207 — findet gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren, soweit die Konkursordnung nicht ein Anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt, und zwar nach Maßgabe des § 540 C.P.O.

Nach § 530 findet das Rechtsmittel der Beschwerde ferner statt:

B. Gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird.

Diese Entscheidungen sind in der Prozeßordnung nicht speziell als mit der Beschwerde anfechtbar aufgeführt. Es ist daher im einzelnen Falle zu prüfen, ob das Beschwerderecht gegeben ist. Wenn der Entscheidung eine mündliche Verhandlung nothwendiger-

weise vorhergehen muß, dann ist das Rechtsmittel der Beschwerde nicht zulässig, es sei denn, daß das Gesetz gleichwohl die Zulässigkeit der Beschwerde ausspricht. Richtig betonen v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 530. S. 620, daß das Kriterium darin liegt, daß eine mündliche Verhandlung nach dem Gesetze nicht erforderlich ist, und nicht darin, daß sie stattgefunden oder nicht stattgefunden hat. Die Beschwerde ist demnach unzulässig gegen einen Beweisbeschluß — §§ 323. 426 —, ferner gegen die Entscheidung über einen Editionsantrag — § 386 ff. —, weil hier stets mündliche Verhandlung vorausgehen muß, und das Gesetz die Zulässigkeit der Beschwerde nicht ausspricht. Die Beschwerde ist aus dem gleichen Grunde unzulässig gegen die Entscheidungen auf Grund der §§ 131 bis 138, 141 bis 143. Hingegen die Entscheidungen, welche auf Grund der §§ 139 und 140 ergehen, unterliegen im Hinblick auf die Bestimmung des § 229 der Beschwerde. Unstatthaft ist daher die Beschwerde gegen die Endurtheile überhaupt sowie auch gegen die in Gemäßheit des § 275 ergangenen Zwischenurtheile. Wie bereits oben angedeutet, ist die Beschwerde stets zulässig, wenn bei einer statthaften, aber nicht nothwendigen vorgängigen mündlichen Verhandlung mündliche Verhandlung gepflogen worden ist. Das Gesetz spricht ausdrücklich die Zulässigkeit der Beschwerden gegen Entscheidungen, welche eine vorgängige mündliche Verhandlung absolut erfordern, aus in vielen der oben S. 204 ff. sub Ziffer 1 bis 15 aufgezählten Fälle. Vgl. hierüber die hierbei einzeln aufgeführten Gesetzesparagraphen. Diese Fälle gehören alle unter A. und nicht unter B. Unter B. gehören nur solche Fälle, in welchen die mit der Beschwerde anzugreifenden Entscheidungen eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordern. Hierunter fallen auch einzelne der oben zu A. aufgeführten mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen. Ohne vorgängige mündliche Verhandlung kann die Entscheidung erfolgen in den Fällen der §§ 37, 46, 99 Abs. 1, 117, 160, 187 Abs. 1, 203 Abs. 1, 225 Abs. 2, 290 Abs. 2, 304 Abs. 2, 371 Abs. 4, 451 Abs. 1, 647 Abs. 2, 668 Abs. 1, 688 Abs. 3, 684 Abs. 3, 536 Abs. 1, 97 Abs. 2, 776, 801, 813 Abs. 3, 816 Abs. 2, 820 Abs. 3, 824 Abs. 1.

Von wesentlicher und ja nicht zu übersehender Bedeutung ist aber das weitere Erforderniß zu B. — § 530 a. E. —, das darin

14*

besteht, daß durch die Entscheidungen, welche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordern, ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen sein muß. Hierunter fallen auch einzelne Fälle der oben A. sub 1 bis 15 aufgezählten Entscheidungen. Dann gehören hierher noch beispielsweise folgende Fälle, welche unter B. deßhalb fallen, weil die Prozeßordnung bei denselben nicht ausdrücklich hervorhebt, daß die Beschwerde gegeben ist: Die Zurückweisung des Gesuchs um Anberaumung eines Termins durch den Vorsitzenden — §§ 193, 233 —. (Eine Zurückweisung, Abweisung einer Klage a limine ist in Gemäßheit der ganzen Struktur des Prozesses unzulässig.) Die Zurückweisung des gestellten Gesuchs auf Aufnahme der probatio in perpetuam rei memoriam durch das Prozeßgericht. § 451. Die Zurückweisung des Gesuchs auf Anlage eines Arrestes. § 802. Die Zurückweisung des Gesuchs auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. §§ 815. 816. Die Zurückweisung des Gesuchs um Bestimmung des zuständigen Gerichts — § 36 —, um Bewilligung der öffentlichen Zustellung — § 187 —, um Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen, Abschriften, Akteneinsicht — § 271 —. Die Zurückweisung des Gesuchs um Abkürzung einer Frist nach Abs. 1 § 203. u. s. w. Vgl. auch Nordd. Entw. § 814. Bemerkt sei hier noch, daß selbstverständlich die Beschwerde im Falle der Zurückweisung des Gesuchs nur dann statthaft ist, wenn die Entscheidung anfechtbar ist. Ist im Gesetze die Entscheidung für unanfechtbar erklärt, so ist die Beschwerde nicht statthaft. § 473. Vgl. meine Ausführungen über die unanfechtbaren Entscheidungen in § 3 d. B. S. 36 ff.

In den angeführten Fällen ist die Beschwerde nur zulässig, wenn, einerlei ob mündliche Verhandlung, die nicht absolut geboten ist, stattgefunden hat oder nicht, das Gesuch zurückgewiesen ist. Die Gewährung des Gesuchs gibt dem Gegner des das Gesuch Stellenden kein Beschwerderecht, abgesehen von den unter A. aufgeführten einzelnen Fällen, da dann die für diese gegebene gesetzliche Bestimmung maßgebend ist. Unter Bezug auf den oben angeführten Fall der Beschwerde bei Zurückweisung des Gesuchs auf Anlage eines Arrestes — § 802 — will ich auch noch einer Kontroverse erwähnen. v. Kräwel Die deutsche Civilprozeßordnung, Zusatz zu § 802 S. 209 behauptet, daß gegen den das Arrestgesuch zurückweisenden Beschluß nach § 701 nur die sofortige Beschwerde (§ 540) zulässig

sei, da der fünfte Abschnitt „Arrest und einstweilige Verfügungen" zu der im 8. Buch der Civilprozeßordnung abgehandelten Zwangsvollstreckung gerechnet werde. v. Bülow Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 802 S. 584 theilt die Ansicht von Kräwel. Auch Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. zu § 803 a. E. S. 675 huldigt dieser Anschauung. So auch Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Ausgabe 1881) III Bem. 2 zu § 802 S. 165. Es ist nun allerdings richtig, daß im Gesetzbuch im 5. Abschnitt des 8. Buchs gehandelt wird vom Arrest und den einstweiligen Verfügungen und das 8. Buch selbst die Zwangsvollstreckung umfaßt, sonach auf den ersten Blick der Arrest und die einstweiligen Verfügungen als unter die Zwangsvollstreckung fallend erscheinen. Allein wenn man in Betracht zieht, daß durch diese Stellung des Arrests im System der Civilprozeßordnung die denselben betreffenden prozessualischen Vorschriften noch keineswegs zu den Vorschriften zu zählen sind, welche das Zwangsvollstreckungsverfahren selbst betreffen, sondern daß der Arrest hauptsächlich zur Sicherung der Zwangsvollstreckung gegeben ist, daß in § 808 ausdrücklich nur bestimmt ist, daß auf die Vollziehung des Arrests die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, daß in § 813 Abs. 4 bestimmt ist: „Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt" —, so dürfte man zu der Annahme gelangen, daß Verfügungen, durch welche Arrestgesuche sofort zurückgewiesen werden, nur durch einfache Beschwerde anfechtbar sind, zumal da noch besonders in's Gewicht fällt, daß im Gesetze, in § 813 Abs. 4 — sonst ein ganz überflüssiger Zusatz enthalten wäre, wenn § 701 sich ganz allgemein auf die richterlichen Verfügungen beziehen sollte, die das Arrestverfahren als solches betreffen. Ich habe mich hier im Allgemeinen an die Erörterungen von Schmidt: „Ist gegen richterliche Verfügungen, wodurch Arrestgesuche sofort zurückgewiesen werden, das Rechtsmittel der Beschwerde nur innerhalb der im § 540 der deutschen Civilprozeßordn. vorgeschriebenen Nothfrist von zwei Wochen zulässig?" in Busch's Zeitschrift III (1881) S. 12 ff. angeschlossen, denen ich vollständig beistimme.

Diese Ansicht, daß nur die einfache und nicht die sofortige Beschwerde in unserem Falle gegeben sei, theilen auch v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 802 S. 924 u. Bem. 5 zu § 800 S. 920 („der § 701 kommt hier nicht zur An-

wendung, weil die Anordnung des Arrests nicht zum Zwangsvollstreckungs**verfahren** gehört, sondern nur die Vollziehung desselben"). Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 1 zu § 802 S. 746. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 2 zu § 802 S. 804. 805. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. II. 2 zu § 802 S. 464. Endemann Civilproz.ordn. III Bem. II. B S. 363. — Soviel über diese Kontroverse.

Ganz richtig bemerkt v. Canstein in seinen rationellen Grundlagen d. Civilproz. S. 138. 139 bei der Kritik des Rechtsmittels der Beschwerde, daß es nicht gerechtfertigt sei, daß, wenn gegen jene Bescheide, welche ohne vorhergehendes Gehör des Gegners einem das Verfahren betreffenden Gesuche stattgeben, dem Gegner selbst kein Beschwerderecht gegeben ist, daß die Beschwerde vielmehr auf abweisliche Bescheide beschränkt ist. Remelé in seinem Handbuch S. 306 bemerkt treffend, ohne das Rechtsmittel der Beschwerde weiter zu kritisiren, daß, was die allgemeine Kategorie: „solche, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist" — angeht, sich diese Entscheidungen aus der in sich klaren Begriffsbestimmung ergeben. Vgl. auch noch v. Kries Rechtsmittel § 29 S. 376 ff.

Zum Schlusse, gleichsam als Anhang zu dem bereits Ausgeführten, sei noch hervorgehoben: Vorgängige mündliche Verhandlung ist vorgeschrieben, d. h. der Entscheidung muß mündliche Verhandlung vorausgehen, und ist ausnahmsweise die Beschwerde zulässig unter der Voraussetzung, daß durch die Entscheidung ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, in den Fällen der §§ 68, 126, 352. Diese Fälle fallen unter A. — „besonders vom Gesetze hervorgehobene Fälle." Siehe oben S. 204 ff. Ohne vorgängige mündliche Verhandlung kann unter denselben Voraussetzungen die mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidung erfolgen in den oben aufgeführten Fällen der §§ 37, 46, 99 Abs. 1, 117, 160, 187 Abs. 1 u. s. w. Siehe S. 211.

Wirkliche Ausnahmen der zweiten Kategorie des § 530 sind in folgenden Paragraphen enthalten; Ausnahmen deßhalb, weil in diesen Fällen das Gesuch zurückgewiesen worden ist und gleichwohl keine Beschwerde statthat: §§ 143 (eigentlich disciplinärer Natur, und deßhalb nicht ganz hierher gehörig), 160, 203 Abs. 3, 290 Abs. 3, 320, 371 Abs. 5, 631, 647 Abs. 2, 834. Selbstverständlich

ist keine Beschwerde in den Fällen zulässig, in welchen eine Entscheidung, welche keine vorgängige mündliche Verhandlung erfordert, ergangen ist, durch welche einem das Verfahren betreffenden Gesuch stattgegeben ist. Dies namentlich in den Fällen §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 118, 160 Abs. 1, 451 Abs. 2, 631, 143, 203 Abs. 1, 320, 647, 834 —, wenn dem Gesuche stattgegeben ist. Absolut, d. h. überhaupt unanfechtbar, sind vom Gesetze in 21 Paragraphen Beschlüsse erklärt, in welchen also auch keine Beschwerde zulässig ist. Siehe oben S. 212 und meine Ausführungen (Aufzählung der Fälle) zu § 3 S. 36 ff. — Vgl. zu § 530 auch noch Entw. § 506. Nordd. Entw. §§ 814—816. Prot. S. 272. 559.

Was endlich die Zurücknahme der Beschwerde und den Verzicht auf dieses Rechtsmittel anbelangt, so ist, da das Gesetzbuch selbst keine Bestimmungen enthält, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen. Die Bestimmungen der §§ 475 und 476 über Verzicht auf die Berufung und Zurücknahme der Berufung finden keine, nicht einmal analoge Anwendung. Es unterliegt daher auch keinem Zweifel, daß der Verzicht nach Erlassung der beschwerenden Entscheidung auch durch konkludente Handlungen geschehen kann. Sonst dürfte er wie der Verzicht auf die Berufung zu behandeln sein. Die Zurücknahme der Beschwerde kann stets und zu jeder Zeit ohne Einwilligung des Prozeßgegners geschehen, auch wenn mündliche Verhandlung stattgefunden hat, da der Gegner keine Anschließung an die Beschwerde hat. Besondere Formvorschriften für die Zurücknahme der Beschwerde greifen daher in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften nicht Platz. Sie kann in jeder Form, die prozessualisch zulässig ist, geschehen, also schriftlich oder durch Erklärung des beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalts vor dem Beschwerdegericht in der mündlichen Verhandlung. Vgl. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 6 zu § 532 S. 624. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 4 zu § 531 S. 600. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausgabe 1881) II Bem. 4 zu § 530 S. 466. 467.

§ 22.

a) **Zuständigkeit des Gerichts bezüglich der Entscheidung über die Beschwerde** — § 531 Abs. 1.

b) **Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde auf Grund eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes insbesondere** — § 351 Abs. 2.

a.

Zuständigkeit des Gerichts bezüglich der Entscheidung über die Beschwerde — § 531 Abs. 1.

Ehe ich auf die Erörterung der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde auf Grund eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes eingehe, will ich noch Folgendes vorausschicken: Ueber die Beschwerde, die zugelassen ist, ohne Rücksicht darauf, ob in der Sache selbst ein Rechtsmittel (Berufung oder Revision) statthaft ist, und ohne daß es auf eine Beschwerdesumme ankommt, entscheidet das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht, das superordinirte Gericht. § 531 Abs. 1. Hieraus ergibt sich folgender Instanzenzug: Ueber Beschwerden gegen Entscheidungen der Amtsgerichte entscheiden die Civilkammern der Landgerichte in einer Besetzung von drei Richtern. § 71 Ger.-Verf.-Ges.

Ueber Beschwerden gegen Entscheidungen der Landgerichte entscheiden die Oberlandesgerichte in einer Besetzung von fünf Richtern. § 123 Nr. 4 Ger.-Verf.-Ges.

Die Entscheidung der Beschwerden gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte trifft das Reichsgericht — § 135 Ger.-Verf.-Ges. — in einer Besetzung von 7 Richtern, bezw. das oberste Landesgericht eines Bundesstaates — § 135 Nr. 2 Ger.-Verf.-Ges., § 8 Einf.-Ges. zum Ger.-Verf.-Ges. u. § 7 des Einf.-Ges. zur R.C.P.O. Vgl. auch die *Motive* zu § 506 (jetzt § 530) S. 329; zu § 507 (jetzt § 531) S. 330. Da es bei der Zulassung des Rechtsmittels der Beschwerde nicht darauf ankommt, ob in der Sache selbst ein Rechtsmittel (Berufung oder Revision) statthaft ist oder nicht, so wird, im Falle in der Berufungsinstanz eine Entscheidung erlassen wird, gegen welche Beschwerde erhoben werden kann, die Geltendmachung dieser Beschwerde nicht dadurch verhindert, daß das von dem Appellationsgericht erlassene Urtheil durch ein Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar ist. Die Motive a. a. O. S. 330 besagen erläuternd Folgendes:

„Für diese Konstruktion war die Erwägung maßgebend, daß vielfach Zweckmäßigkeitsgründe dahin geführt haben, dem Amtsgericht oder dem Landgericht als Berufungsgericht Entscheidungen zu übertragen, die — wie z. B. die Ablehnung eines Richters — von vornherein einem höheren Gerichte hätten überlassen werden sollen, oder für welche — wie z. B. bei dem Verfahren gegen Zeugen oder Sachverständige — von vornherein die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts hätte bestimmt werden müssen." —

Der § 531 in seinem Absatz 1, besagend:

„Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht" —

bezeichnet hiermit den der Beschwerde innewohnenden Devolutiveffekt. Abweichende Bestimmungen von Abs. 1 § 531 hinsichtlich des für die Entscheidungen der Beschwerde zuständigen Gerichts sind enthalten in den §§ 160 u. 183 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

b.

Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde auf Grund eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes insbesondere — § 531 Abs. 2.

Der § 531 enthält in seinem Absatz 2 folgende höchst wichtige Bestimmung:

„Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt."

Auf den ersten Blick hält man diesen Satz für sehr leicht verständlich, und doch bietet derselbe in seiner Anwendung vielfach Schwierigkeiten. Darüber, was unter einem „neuen selbständigen Beschwerdegrund" zu verstehen sei, herrscht unter den Kommentatoren unseres Gesetzbuchs Divergenz der Ansichten, und sind verschiedene, oft ganz heterogene Erklärungsversuche gemacht worden. In jüngster Zeit hat diese Materie größere Klärung in Folge verschiedener reichsgerichtlicher Urtheile erfahren. Gleichwohl wird sie stets ein Gebiet für die verschiedenartigsten Kontroversen bleiben, was in der Natur der Sache liegt. Indem wir nun selbst des Nähern auf diese Materie eingehen und untersuchen, was unter einem „neuen selbständigen Beschwerdegrund" zu verstehen ist, ist es vor Allem nothwendig, daß wir über die Vorgeschichte des Absatz 2 § 531 uns verbreiten.

Was die Rechtsmittel der Berufung und Revision anbelangt, welche gegeben sind, um Endurtheile anzufechten, so ist hinsichtlich ihrer feststehend, daß sie die Entscheidungen des Erstinstanzrichters, wenigstens was die rechtliche Seite anbelangt, in zwei weiteren Instanzen bekämpfen können, während es ebenso ein feststehender Satz für das Rechtsmittel der Beschwerde ist, daß nur im Falle einer abweichenden, „difformen" Entscheidung in den Erkenntnissen der ersten und zweiten Instanz das Angehen einer weiteren Instanz zulässig ist. Mit anderen Worten: Für die Beschwerde wurde vom Gesetze der Grundsatz des Ausschlusses der Anfechtung bei „duae conformes (sententiae)" beibehalten, welcher bezüglich der Revision auch ursprünglich im Entwurfe angenommen war, aber später beseitigt wurde, wofür, um das Reichsgericht gegen allzu große Geschäftsüberhäufung zu sichern, die Revisionssumme vom Gesetze eingeführt wurde. In den Entwürfen der Civilprozeßordnung lautete die Bestimmung übereinstimmend mit dem Gesetze. Vgl. Entw. § 507. Nordd. Entw. §§ 817. 818. 819.

Die Motive zu § 507 (jetzt § 531) S. 330 lauten dahin:

> „Die weitere Beschwerde ist in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält. Diese Vorschrift entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen." —

Die Revision war nach § 485 des Entwurfes bekanntlich im Falle von duae sententiae conformes ausgeschlossen. § 485 des Entwurfs besagt wörtlich:

> „Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist." —

Dieser § 485 des Entwurfs wurde zwar von der Justizkommission des Reichstags in I. Lesung mit einer Modifikation angenommen, jedoch gleichwohl später nicht zum Gesetze erhoben, sondern an Stelle des § 485 des Entwurfs gilt nunmehr § 507 der Civilprozeßordnung, der lautet:

„Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt.“ —

Vgl. hierzu: Prot. S. 247—255. 257—262. 559. 608—623. 703—707. Somit ist bezüglich der Revision das Prinzip des Ausschlusses der Anfechtung bei „duae sententiae conformes“ nicht angenommen worden. Die Revision ist vielmehr zulässig, einerlei ob duae sententiae difformes oder conformes vorliegen. Man hat jedoch durch Festsetzung einer Revisionssumme eine Schranke gegen mißbräuchliche Revisionseinlegungen setzen zu müssen geglaubt. §§ 508. 509. Prot. a. a. O. Der Reichstagsabgeordnete Struckmann stellte in der Justizkommission den Antrag, man solle die Beschwerde nur unter denselben Voraussetzungen, wie die Revision zulassen, und demgemäß nicht den Grundsatz der „duae conformes“ auf die Beschwerde anwenden, sondern eine Beschwerdesumme analog der Revisionssumme einführen, wonach gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine weitere Beschwerde sowohl von Seiten des Beschwerdeführers wie des Gegners oder des sonst Betheiligten stattfinde, jedoch nur unter denselben Voraussetzungen, unter welchen gegen ein Urtheil desselben Gerichts die Revision zulässig sein würde. Dieser Antrag wurde indessen wieder zurückgezogen, nachdem die Schwierigkeiten, die durch Bestimmung einer Beschwerdesumme hervorgerufen würden, Gegenstand lebhafter Debatte waren. Vgl. Prot. II. Lesung S. 622. 623. Bezüglich des Fallenlassens des Grundsatzes der „duae difformes“ bei der Revision vgl. die oben citirten Prot. S. 247—255. 257—262 u. s. w. Wenn daher die Motive zu § 507 (jetzt § 531) S. 330 sagen:

„Die weitere Beschwerde ist in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen u. s. w.

Diese Vorschrift entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen“ —

so ist dieser Schlußsatz nunmehr antiquirt, da nach der jetzigen Fassung des Gesetzes in § 507 die Revision auch bei den „duae conformes“ zulässig ist. Er war jedoch auch nicht ganz richtig, als nach dem Entwurfe die Revision nur bei den „duae difformes“ zulässig war, und ist daher auch nicht richtig, wenn man ihn jetzt so verstehen wollte, als ob die Vorschrift über die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde der früher im Entwurfe festgesetzten

Ausschließung der Revision im Falle der „duae conformes“, welche jetzt nicht mehr besteht, ohne weiteres entspräche. Man hat ihn vielmehr so zu verstehen, daß er ausdrückt: die Vorschrift des Absatzes 2 des § 531 entspricht der im Entwurfe ausgesprochenen und nicht zum Gesetze erhobenen Ausschließung der Revision im Falle der „duae conformes“, was die analoge Anwendung dieses Grundsatzes auf die weitere Beschwerde anlangt, welche nur bei difformen Entscheidungen zulässig ist. Es ist schon richtig, was von Kries Rechtsmittel § 26 S. 388, 389 bemerkt, daß die Vorschriften des Entwurfs über die Revision nicht als Hülfsmittel der Interpretation des Abs. 2 § 531 herangezogen werden können, was sich insbesondere daraus ergebe, daß, wie die Motive S. 315 u. 316 mittheilen, der Entwurf den Begriff der Difformität der Urtheile seines unklaren und schwankenden Charakters, der ihr nach dem bisherigen Rechte anklebte, dadurch zu entkleiden suchte, daß Difformität nur dann angenommen werden sollte, wenn die der Rechtskraft fähige Entscheidung eine Abänderung erfahren habe — vgl. § 283 des Entw., jetzt § 293 C.P.O. —; daß nun aber von einer solchen, der Rechtskraft fähigen Entscheidung bei den durch das Rechtsmittel der Beschwerde anzufechtenden Beschlüssen und Verfügungen gar keine Rede sei. Diese Ausführungen von v. Kries a. a. O. sind, wie bemerkt schon richtig, aber nicht in dieser Allgemeinheit. Man wollte eben bei der Beschwerde nur betonen, daß dieselbe bei konformen Entscheidungen nicht zulässig sei, sondern nur bei difformen, bei diesen natürlich nur soweit, als sie der Beschwerde unterliegende Entscheidungen sind und keine Urtheile, welche ja überhaupt der Anfechtung durch die Beschwerde nicht unterliegen. Also in dieser Beziehung ist allerdings Analogie vorhanden, wenn auch keine vollständige, so doch Analogie in Bezug auf die prinzipielle im Entwurfe § 485 ausgesprochene Ausschließung der Revision bei konformen Entscheidungen und Zulassung derselben bei difformen Entscheidungen, welche bezüglich der Revision natürlich nur Urtheile sein können. Insofern können immerhin die Vorschriften des Entwurfs über die Revision bei der Interpretation des Abs. 2 § 531 in Betracht gezogen werden.

Nach dieser Einleitung, in welcher ich in kurzen Zügen die Vorgeschichte des Abs. 2 § 531 gegeben habe, gehe ich zur Sache selbst über und untersuche in erster Reihe, was unter einem neuen selbständigen Beschwerdegrund zu verstehen ist. Um zum

richtigen Verständnisse dieses Begriffes zu gelangen, muß man ihn in seine Bestandtheile aufrollen. Schreiten wir zuerst zur Prüfung des Begriffs „Beschwerdegrund." Unter diesem ist zu verstehen: die Basis oder das Fundament der Beschwerde. Beschwerdegrund bedeutet nicht Grund zur Beschwerde, er ist nicht das Motiv oder die Veranlassung der Beschwerde, sondern der Grund der Beschwerde. Vgl. hierüber auch v. Kries Rechtsmittel § 26 S. 395. 396. Der Beschwerdegrund ist das Fundament der Beschwerde, welches „enthalten ist in den Anführungen des Beschwerdeführers, aus denen sich die Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung ergeben soll." Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 531 („Beschwerdegrund analog dem Klagegrund"). Nach Feststellung des Begriffs „Beschwerdegrund" gehen wir zu dem Erfordernisse desselben als eines „neuen" über. Ein neuer Beschwerdegrund ist ein solcher, der sich als ein neues Fundament zur Beschwerde herausstellt, sei es für den Beschwerdeführer oder für den Gegner. Der Beschwerdegrund darf nicht ein solcher sein, welcher schon in der früheren Entscheidung enthalten war, er darf nicht identisch mit dem in der früheren Entscheidung enthaltenen sein, es sei denn, daß der Gegner durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts Anlaß zu einer weiteren Beschwerde erhält, weil diese Entscheidung für ihn beschwerend ist, also für ihn ein erster neuer Beschwerdegrund vorliegt. Im Falle der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde kann dieselbe natürlich, so gut wie die erste Beschwerde, da sie ja nichts anderes als diese ist, in Gemäßheit des § 533 auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden. Aber nova selbst können nicht dazu benutzt werden, als neuer Beschwerdegrund zu dienen; dies ergibt sich aus § 531 Abs. 2, wonach die weitere Beschwerde nur dann statthat, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts der neue selbständige Beschwerdegrund enthalten ist. Vgl. auch v. Kries a. a. O. S. 396. Vgl. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu § 531 S. 403. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 1 zu § 533 S. 624 in Verb. mit Bem. 2 u. 3 zu § 531 S. 622, welche treffend ausführen, daß das Novenrecht des § 533 schon deshalb auch auf die weitere Beschwerde Anwendung finden müsse, weil dieselbe keine Oberbeschwerde (analog der Oberrevision des 2. Entw. S. 425) sei, sondern eine

neue selbständige Beschwerde, zumal, wie Endemann Civilproz.ordn. II Anm. zu § 531 S. 491 richtig bemerkt, das Gesetz regelmäßig nur eine Beschwerdeinstanz will. Vgl. ferner: Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. zu § 533 S. 498. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. zu § 533 S. 593.

Endlich muß der Beschwerdegrund nicht nur ein neuer, sondern auch ein „selbständiger" sein. Ein selbständiger Beschwerdegrund ist dann vorhanden, wenn die allgemeinen im Gesetze gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde vorliegen, d. h. von einem selbständigen Beschwerdegrund kann man nur sprechen, wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts ihrem Inhalte nach eine solche ist, welche überhaupt durch das Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbar ist. Vgl. hierüber: Fitting „Bemerkungen zur Reichscivilprozeßordnung II. Zur Lehre von der weiteren Beschwerde" in Busch's Zeitschrift für den deutschen Civilproz. II. S. 284, insbes. S. 287. Vgl. über den Begriff „neuer und selbständiger Beschwerdegrund" folgende Entscheidungen des Reichsgerichts, deren Hauptinhalt ich in Kürze und zum Theil wörtlich anführe: Entscheid. d. Reichsger. v. 5. Januar 1880 I 84 S. 230, wonach nach § 531 Abs. 2 gegen die Entscheidung eines Beschwerdegerichts eine weitere Beschwerde nur auf einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gestützt werden kann, wofür selbstverständlich nicht schon der Umstand in Betracht kommen kann, daß durch eine eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung des Beschwerdegerichts ein das Verfahren betreffendes Gesuch, nämlich eben das Beschwerdegesuch, zurückgewiesen ist, sondern, daß einer der anderen in C.P.O. § 530 erwähnten Fälle vorliegt. Ferner Entscheid. d. Reichsger. vom 11. Nov. 1879 I 81 S. 222 ff. Hier ist ausgesprochen: „Der Zweck der Vorschrift in § 531 Abs. 2 ist, wie auch die Motive zu dem Gesetzentwurfe durch die Worte: „„die Vorschrift in Abs. 2 entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen"", bestimmt ergeben, die dritte Instanz auszuschließen, wenn in den beiden unteren Instanzen gleichlautende Entscheidungen ergangen sind, wenn über denselben Streitpunkt zweimal zu Ungunsten des Beschwerdeführers erkannt worden ist. (Vgl. auch Entscheid. des Reichsger. v. 20. März 1880 I. 86 S. 233 ff.) In Entscheid. I. 81 S. 222 ff. ist dann noch besonders hervorgehoben, daß eine

weitere Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn in den beiden unteren Instanzen gleichlautende Entscheidungen ergangen sind, wobei jedoch lediglich der Inhalt, der decisive Theil der Entscheidungen und nicht die Entscheidungsgründe für die Beurtheilung der Frage maßgebend seien, ob zwei gleichlautende Entscheidungen vorliegen. Ferner, daß auch in dem Falle, wenn der Beschwerdeführer in Gemäßheit des § 533 seine Beschwerde auf nova gestützt hat, der Beschwerderichter aber die Beschwerde zurückweist unter Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung, zwei gleichlautende Entscheidungen vorliegen, welche eine weitere Beschwerde ausschließen, weil der den Gegenstand der Beschwerde bildende Streitpunkt zweimal übereinstimmend entschieden sei. In Entscheidung des Reichsgerichts I. 86 S. 233 ff. ist, gewissermaßen im Zusammenhang hiermit, weiter ausgeführt, daß der Inhalt der Entscheidung ein von dem in der früheren Instanz abweichender sein muß, wobei es nicht auf den Wortlaut der Entscheidung, um eine weitere Beschwerde zuzulassen, ankommt, sondern auf den Sinn derselben, und eine weitere Beschwerde ist zuzulassen, wenn der Sinn der neuern Entscheidung der ist, daß in derselben keine Bestätigung der früheren Entscheidung enthalten ist, sondern vielmehr eine Aufhebung derselben, und daß an Stelle derselben eine neue, dem Beschwerdeführer in anderer Weise ungünstige Entscheidung getreten ist. In solchem Falle liegt ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor. — Nach diesen Auseinandersetzungen gelange ich nunmehr zur Feststellung des Gesammtbegriffs „neuer selbständiger Beschwerdegrund". Man versteht hierunter offenbar nur einen Beschwerdegrund, in Bezug auf welchen nicht bereits zwei sententiae conformes erlassen worden sind. Mit anderen Worten: Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist vorhanden, wenn zwei difforme Entscheidungen vorliegen, in sofern difform, als die Entscheidung des Beschwerdegerichts sachlich, materiell als eine neue, heterogene erscheint, welche ein neues Fundament zur Beschwerde abgibt. Vgl. insbes. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 531 S. 621, deren Ansicht, hauptsächlich in Bezug auf den Begriff Difformität ich als vollständig zutreffend hier adoptire.

Im Falle nun ein solcher neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliegt, ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, in welcher

derselbe enthalten ist, eine weitere Beschwerde in Gemäßheit des § 531 Abs. 2 statthaft.

In der Anwendung dieses Grundsatzes herrscht nun in der Theorie und Praxis vielfach Divergenz der Ansichten, und dürfte es sich zur praktischen Klarstellung der Sache empfehlen, die verschiedenen Fälle, welche vorkommen können, des Nähern zu prüfen, um zu einer richtigen Interpretation des Abs. 2 § 531 zu gelangen, um präzise bestimmen zu können, wann eine weitere Beschwerde zulässig, wann sie nicht zulässig sei? Dies soll in Folgendem geschehen.

Untersuchen wir die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde in folgenden möglichen Fällen, die sich bei Anwendung des Gesetzes aufwerfen können, wobei die einzelnen Kontroversen erörtert werden sollen.

I. Die Beschwerde ist durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts für begründet erachtet und ihr demgemäß stattgegeben worden.

In diesem Falle ist allgemein anerkannt, daß der Beschwerdeführer keine weitere Beschwerde hat, was sich von selbst versteht, da es in der Natur der Sache liegt; er hat ja erreicht, was er durch Erhebung der Beschwerde bezweckt hat. Für den **Gegner** des Beschwerdeführers hingegen oder für den **Dritten**, der betheiligt ist, liegt, wenigstens in der Regel, in der der Beschwerde stattgebenden Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund, denn in Bezug auf ihn sind ja duae sententiae difformes ergangen, er kann in Gemäßheit des Abs. 2 § 531 Beschwerde, weitere Beschwerde erheben, vorausgesetzt, daß ihm nach § 530 das Recht der Beschwerde überhaupt zusteht, daß sein neuer Beschwerdegrund auch ein selbständiger ist. Vgl. hierzu meine Ausführungen oben S. 222. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 287. v. Völderndorff „Was ist neuer selbständiger Beschwerdegrund?" in Busch's Zeitschrift I (1881) S. 17 ff., dessen Ausführungen ich auch heute noch für die besten halte und an welche ich mich vielfach im Nachstehenden, insbesondere auch in Bezug auf die praktischen Beispiele, angelehnt habe. Als Beispiel dafür, daß in Fall I dem Gegner gegebenen Falls, wenn die Voraussetzungen des § 530 vorliegen oder auch dem betheiligten Dritten das Recht der weiteren Beschwerde zusteht, diene der Fall der Nebeninter-

vention. X prozessirt am Landgericht mit Y. Z tritt als Nebenintervenient auf. X beantragt Zurückweisung des Nebenintervenienten Z. Das Landgericht erklärt den Antrag des X nicht für begründet und läßt in Folge dieser Rechtsanschauung die Nebenintervention des Z zu. Die Hauptpartei X erhebt hiergegen Beschwerde beim Oberlandesgericht. Dieses gibt der Beschwerde statt und weist die Nebenintervention des Z zurück. Es steht nun der Hauptpartei Y und dem Nebenintervenienten Z eine weitere Beschwerde zu gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts an das Reichsgericht. Vgl. § 68 in Verbindung mit § 530 (es steht diesen beiden — Y und Z — hier das Recht der Beschwerde überhaupt zu). Durch die Entscheidung des Landgerichts war die Hauptprozeßpartei X beschwert und nicht die Hauptprozeßpartei Y und nicht der Nebenintervenient Z; durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts hingegen ist Y und Z beschwert und nicht X. Es steht also Y und Z jedenfalls das Recht der Beschwerde zu, und ist es ganz einerlei, ob man mit v. Völderndorff a. a. O. S. 22 sagt:

> „für diese (hier Hauptpartei Y und Nebenintervenient Z) ist der Grund der Beschwerde ein neuer; er ist aber auch ein selbständiger, denn „„die Ablehnung der Intervention hängt mit der Zulassung derselben““ — nicht zusammen, sondern sie stellt sich als ihr diametraler Gegensatz dar“ —

oder ob man mit Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. b zu § 531 S. 407 sagt:

> „Wurde der Beschwerde stattgegeben, so muß dem Gegner des Beschwerdeführers nun seiner Seits die Beschwerde zustehen, da er durch die ergangene Entscheidung zum ersten Male beschwert wird, und es sich sonach für ihn nicht um eine weitere Beschwerde handelt.“

Es liegt, mag man sich auf die eine oder andere Weise ausdrücken, zweifellos ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor, und zwar für den Gegner, hier für die Hauptpartei Y und den Nebenintervenienten Z. Für diese ist allerdings die Beschwerde keine weitere im grammatikalischen Sinne des Wortes, denn sie waren ja noch durch keine frühere Entscheidung beschwert, sie sind jetzt durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts zum ersten Male beschwert; allein im Sinne des Gesetzes liegt in ihrer Beschwerde eine weitere Beschwerde, d. h. eben eine Beschwerde gegen die Entscheidung des

Beschwerdegerichts und versteht der Abs. 2 § 531, wenn er von der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde spricht, unter weiterer Beschwerde diejenige, welche sich gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts richtet. Wenn auch die Beschwerde für Y und Z eine erste ist, so ist sie auch zugleich eine weitere Beschwerde gegen die bereits ergangene mit der Beschwerde angegriffene Entscheidung, und geht es nicht an, einen Unterschied zwischen erster und zweiter Beschwerde zu machen.

Das im Falle der Abänderung der durch Beschwerde angefochtenen Entscheidung dem Gegner (dem Dritten) zustehende Beschwerderecht wird von der überwiegenden Mehrzahl der Kommentatoren anerkannt. Vergl. von Völderndorff a. a. O. S. 22. Schmidt „Ist die im § 531 der D. Civilprozeßordn. ausnahmsweise gestattete weitere Beschwerde dem Beschwerdeführer zu versagen, wenn die Beschwerde vom Beschwerdegericht mit Unrecht als formell unzulässig verworfen ist?" in Busch's Zeitschrift III (1881) S. 20 ff. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 284 ff. Brettner „Betrachtungen zur Civilprozeßordn. III. Zur Lehre über die weitere Beschwerde" in Busch's Zeitschr. I (1879) S. 247 ff. Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. 3 zu § 531 S. 495. Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 2 zu § 531 S. 601. v. Wilmowski u. Levy Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 531 S. 621. Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. 6 zu §§ 530 ff. S. 383. Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. II 2 zu § 531 S. 589. Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. 2.a zu § 531 S. 468. v. Bülow Civilprozeßordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 531 S. 403. Endemann Civilprozeßordn. II Bem. zu § 531 S. 492. Fitting Der Reichscivilprozeß (5. Aufl.) § 74 S. 292. — Anderer Meinung sind: Fecht Kommentar zur württemb. Prozeßordn. II. Bd. zu § 777 (S. 635), der wie § 531 der Reichscivilprozeßordn. lautet. Nach Fecht a. a. O. scheint die württembergische Praxis in unserem Falle die Beschwerde des Gegners nicht zuzulassen. Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 531 S. 605. 606. (Vgl. hierzu Gaupp a. a. O. S. 589 Anmerk. unterm Texte, der ihn wohl richtig widerlegt, indem er ausführt, daß die Bezugnahme der Motive zu § 531 S. 330 auf § 777 der württemb. Prozeßordn. eine Ungenauigkeit derselben und nichts weiteres sei.) Auch v. Sarwey Civilprozeßordn. I Bem. zu § 531 S. 714 scheint die

Ansicht Kleiners a. a. O. wegen Bezugnahme der Motive auf § 777 der württemb. Prozeßordn. zu theilen. Uebel Civilprozeßordn. II Bem. 4 zu §§ 531 ff. S. 48 hingegen scheint unsere Frage gar nicht im Auge gehabt zu haben, man kann also nicht wohl annehmen, daß nach seiner Ansicht dem Gegner kein Beschwerderecht zusteht. (Petersen a. a. O. II Bem. 2. b zu § 531 Note 2 unter dem Texte bemerkt, daß Uebel anderer Meinung als wir zu sein scheine in Folge dessen, was er a. a. O. Bd. II S. 48 sagt.) Uebel a. a. O. führt nämlich wörtlich aus: „Der neue selbständige Beschwerdegrund, der zur Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts berechtigt, muß sich aus dieser Entscheidung ergeben und darf nicht schon der Gegenstand der Entscheidung des Beschwerdegerichts gewesen sein." — Dies ist Alles, was Uebel a. a. O. über die weitere Beschwerde sagt. Nimmt er also wirklich nur ein Beschwerderecht für den Beschwerdeführer in Anspruch und verwirft das Beschwerderecht des Gegners, so paßt seine Ausführung über den Begriff des neuen selbständigen Beschwerdegrundes für seine — wie ich glaube, nur vermeintliche — Ansicht. — Diese Ansicht ist jedoch offenbar nach unseren obigen Ausführungen unrichtig. Der Gegner des Beschwerdeführers in unserem Falle I stützt seine Beschwerde auf die Thatsache, daß das Beschwerdegericht der Beschwerde des Beschwerdeführers stattgegeben habe, es ist also der Gegenstand seiner Beschwerde bereits Gegenstand der Entscheidung des Beschwerdegerichts gewesen; allein gleichwohl liegt hier ein neuer Beschwerdegrund für den Gegner gerade in dieser Entscheidung: er ist zum erstenmale beschwert, für ihn ist eine weitere, anderweite Beschwerde gegeben, welche seinen Beschwerdegrund als einen „neuen" erscheinen läßt, und ist dieser zugleich ein selbständiger, da die Beschwerde in Gemäßheit des § 530 zulässig ist.

Als weiteres Beispiel zu Fall I diene Folgendes:

Ein Antrag auf Abkürzung einer Frist ist abgewiesen worden. Der abgewiesene Antragsteller ergreift die Beschwerde, und das Beschwerdegericht gibt seinem Antrage statt und hilft der Beschwerde damit ab. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat der Prozeßgegner, obwohl für ihn ein neuer Beschwerdegrund vorliegt, doch kein Beschwerderecht, deshalb, weil er auch in der früheren Instanz, im Falle der dem Antrag auf Abkürzung der Frist stattgebenden Entscheidung, kein Beschwerderecht gehabt hätte, es fehlt

ihm der selbständige Beschwerdegrund. § 203 Abs. 1 in Verbindung mit § 530 (Beschwerde ist im Falle des Abs. 1 § 203 nur zulässig bei Zurückweisung des Gesuchs für den Antragsteller und nicht für den Gegner in Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß Beschwerde [abgesehen von den im Gesetze besonders hervorgehobenen Ausnahmefällen] nur gegen eine eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung, durch welche ein Gesuch zurückgewiesen ist, zulässig ist, und nicht, wenn dem Gesuche stattgegeben ist). Ebenso verhält es sich z. B., wenn ein Antrag auf Aufnahme der probatio in perpetuam rei memoriam zurückgewiesen und auf erhobene Beschwerde die Aufnahme zugelassen worden ist. Hier hat der Gegner aus demselben Grunde, wie im vorigen Falle, gegen die Zulassung der Aufnahme kein Beschwerderecht, obwohl für ihn ein neuer Beschwerdegrund vorliegt, da es an dem selbständigen Beschwerdegrund fehlt. Vgl. ferner Struckmann u. Koch Civilprozeßordn. (3. Aufl.) Bem. 3 zu § 531 S. 495. Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. 6 zu § 530 ff. S. 383 und die oben angeführten Kommentare. Ueber den Begriff „selbständiger“ Beschwerdegrund vgl. meine Ausführungen oben S. 222 und insbes. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschr. II S. 284 ff.

Wenn v. Völderndorff a. a. O. als Ausnahme davon, daß bei Stattgebung der Beschwerde der Gegner eine weitere Beschwerde hat, den Fall bezeichnet, wenn diese Stattgebung in dritter Instanz erfolgt, und diese dritte Instanz nicht das Reichsgericht, sondern das Oberlandesgericht ist, indem der Prozeß in erster Instanz beim Amtsgericht anhängig war, so ist dies in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Nehmen wir z. B. den obigen Fall der Nebenintervention an, jedoch in der Weise, daß das Amtsgericht die erste Instanz war. Das Amtsgericht läßt die Nebenintervention des Z zu, das Landgericht weist sie auf Grund der Beschwerde der Hauptprozeßpartei X ab, die andere Hauptprozeßpartei Y oder auch der Nebenintervenient Z erhebt Beschwerde beim Oberlandesgericht, dieses läßt die Nebenintervention wieder zu. — v. Völderndorff a. a. O. in Busch's Zeitschrift I. S. 25 ff. argumentirt nun so:

„Hiergegen hat nicht etwa der X (auf unseren Fall angewendet) eine weitere Beschwerde an das Reichsgericht, denn die Entscheidung des Oberlandesgerichts beschwert ihn durch nichts

Anderes als durch dasjenige, was ihn schon in der Entscheidung des Amtsgerichts beschwert hat, er hat also keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund." —

In der Anmerkung a. a. O. S. 26 fügt v. Völderndorff bei:

„Es ist dies nur eine Anwendung des Satzes: Gegen zwei konforme Entscheidungen gibt es kein weiteres Rechtsmittel." —

Diese Ansicht und Argumentation v. Völderndorff's ist jedoch in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Wenn das Oberlandesgericht, also hier die dritte Instanz, die frühere Entscheidung des Amtsgerichts aus denselben oder auch aus anderen Gründen — die materielle Entscheidung ist dieselbe — bestätigt, so ist dem ursprünglichen Beschwerdeführer und nunmehrigen Gegner, in unserem Falle der Hauptprozeßpartei X, keine weitere Beschwerde an das Reichsgericht gegeben. Sein früherer Beschwerdegrund ist aufgehoben. In diesem Falle hat v. Völderndorff vollständig Recht. Liegt jedoch in der Entscheidung des Oberlandesgerichts, wodurch die frühere Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt wird, ein neuer (d. h. in einer früheren Instanz noch nicht vorhandener) selbständiger Beschwerdegrund, so ist der ursprüngliche Beschwerdeführer und nunmehrige Gegner — hier X — von neuem beschwert, und es steht ihm die Beschwerde an das Reichsgericht zu. Vgl. auch Entscheid. d. Reichsgerichts I. 86 S. 233.

Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund kann jedoch darin, daß bei der Entscheidung des Oberlandesgerichts ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter des Oberlandesgerichts mitgewirkt hat, nicht erblickt werden. Vgl. Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Ausgabe 1881) II Bem. 2. b zu § 531 S. 468, der dies unrichtig annimmt. Das Recht der Beschwerde an das Reichsgericht erwähnen ausdrücklich die Motive zur Konkursordnung, amtliche Ausgabe S. 295. In einem solchen Falle, den wir besprochen haben, gibt es also unter Umständen vier Instanzen. Die Motive zur Konkursordnung S. 295 besagen wörtlich:

„Auch dieser Umstand (die Raschheit und Einfachheit des Verfahrens) rechtfertigt die von dem Entwurfe angenommene Ueberweisung der Konkurse an die Amtsgerichte. Den Landgerichten wird es dabei nicht an Gelegenheit fehlen, als Beschwerde-Instanz den Geist des Gesetzes u. s. w. zur Geltung zu bringen und gegen etwaige Verstöße der Amtsgerichte Abhülfe zu leisten.

Die Oberlandesgerichte können als die den Landgerichten vorgesetzte Beschwerde-Instanz, und als solche kann nach dem zweiten Absatz des § 507 (jetzt § 531 Abs. 2) der Proz.Ordn., wenngleich höchst selten, selbst das Reichsgericht in Thätigkeit kommen." Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 3 zu § 531 S. 622. Seuffert a. a. O. Bem. d. zu § 531 S. 602, der bemerkt: „In thesi ist es nicht ausgeschlossen, daß auch gegen die Entscheidung auf die weitere Beschwerde nochmals weitere Beschwerde eingelegt werden kann. Es kann also die Sache, in welcher das Amtsgericht in erster Instanz entschied, in vierter Instanz vor das Reichsgericht (oder z. B. in Bayern vor das oberste Landesgericht) gebracht werden, wenn ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in der Entscheidung des Oberlandesgerichts enthalten ist. (Die Motive zur Konk.-Ordn. S. 295 erwähnen diese Konsequenz ausdrücklich.) Doch werden solche Fälle höchst selten vorkommen." — Vgl. auch Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. II 3 S. 589. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. 2. b S. 468. 469. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 2. b a. E. S. 408 (obwohl ich dessen Ansicht nicht recht beistimmen kann, da er anzunehmen scheint, daß dem Gegner gegen die abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts deßhalb die Beschwerde wieder zusteht, weil in der abändernden Entscheidung eine Neuheit liegt, was jedoch offenbar unrichtig ist, weil duae conformes vorliegen; dann mag allerdings Petersen Recht haben, wenn es richtig ist, daß die Neuheit nur gegenüber der Entscheidung desjenigen Beschwerdegerichts in Betracht kommt, welches zuletzt entschieden hat, was ich bestreite, sowie ich auch bestreite, daß es sich hier nicht um eine weitere Beschwerde im Sinne des § 531 handelt, daß vielmehr, wie Petersen a. a. O. § 531 Bem. 2. a u. b unrichtig annimmt, in der Beschwerde des Gegners gegen eine abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts nichts als eine erste (gewöhnliche) Beschwerde liegt, da er als „weitere Beschwerde" nur die Beschwerde des ersten Beschwerdeführers gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts wegen Nichtbeseitigung des in der ersten Entscheidung enthaltenen Beschwerdegrundes betrachtet und in der Beschwerde des Gegners gegen eine abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder eine erste Beschwerde erblickt. Vgl. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 285 Anm. 3, welcher die Auffassung Petersen's wörtlich so

anführt, wie ich es von den Worten an: „da er als „weitere Beschwerde“ nur die Beschwerde u. s. w. erblickt“ — gethan habe. Richtig bemerkt auch Fitting a. a. O. im Texte S. 285, daß die weitere Beschwerde in der That kein besonderes Rechtsmittel sei, daß sie nicht etwas verschiedenes von der ersten Beschwerde sei, daß der Ausdruck „weitere Beschwerde“ kein terminus technicus der Prozeßordnung sei, zumal es in § 531 Abs. 2 auch nur heiße: „finde eine (und nicht „die“) weitere Beschwerde statt. — Ich halte Fitting's Ausführungen a. a. O. S. 294 für am zutreffendsten, die dahin gehen, daß jede Entscheidung, bezüglich welcher die Voraussetzungen des § 530 zutreffen, mit der Beschwerde angefochten werden kann, einerlei ob die Entscheidung vom ersten Gericht oder von einem Beschwerdegericht erlassen ist; daß hinsichtlich der Entscheidungen der Beschwerdegerichte nur die eine Ausnahme besteht, daß die Beschwerde gegen eine solche Entscheidung dann ausgeschlossen ist, wenn sie mit einer früheren Entscheidung übereinstimmt, daß daher, wenn man überhaupt zwischen (erster) „Beschwerde“ und „weiterer Beschwerde“ einen begrifflichen Unterschied machen wolle, das unterscheidende Merkmal jedenfalls in nichts weiterem als in dieser Beschränkung zu finden sei.

Für die Richtigkeit unserer Auffassung spricht auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen. Vgl. Entscheid. v. 5. Jan. 1880 I. 84 S. 230, worin ausgesprochen wird, daß die Ansicht der Schriftsteller, nach welchen in Sachen, die bei einem Amtsgericht anhängig sind, nie eine Beschwerde an das Reichsgericht erwachsen könne, unrichtig ist, daß aber nach § 531 Abs. 2, wenn die Entscheidung des Oberlandesgerichts (Beschwerdegerichts) mit einer weiteren Beschwerde beim Reichsgericht angegriffen werden soll, diese weitere Beschwerde gleichfalls nur auf einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gestützt werden kann. Vgl. Entsch. v. 22. Oktober 1880 II Bd. 119 S. 413, worin ausgeführt wird, daß der gesetzgeberische Gedanke beim Ausschluß der weiteren Beschwerde bei duae conformes der sei, daß wenn über den gleichen Gegenstand zweimal in gleichem Sinne entschieden sei, ein weiteres Rechtsmittel nicht nöthig erscheine, daß es daher in Fällen der Beschwerde, wo vier Instanzen gegeben sind, nicht darauf ankomme, ob die gleichlautenden Entscheidungen unmittelbar aufeinander gefolgt seien oder nicht, daß die Partei, wenn erst die dritte Instanz die ihr ungünstige

Entscheidung der ersten Instanz bestätigt, daher auch zwei konforme Entscheidungen gegen sich habe und die bloße Bestätigung einer früheren Entscheidung nicht als einen neuen, die Ergreifung der weiteren Beschwerde rechtfertigenden Beschwerdegrund geltend machen könne. Endlich Entscheidung des Reichsger. vom 8. März 1881 IV Bd. 98 S. 359 ff. hebt S. 363 hervor, daß kein ausreichender Grund vorliege, das Erforderniß der Neuheit, mit Struckmann u. Koch zu § 531 Anm. 4 und Petersen zu § 531 Anm. 2 in dem eingeschränkten Sinn zu verstehen, daß der Beschwerdegrund neu nur zu sein brauchte in Beziehung auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts, d. h. desjenigen Gerichts, welches zuletzt entschieden hat, — „vielmehr muß er überhaupt, d. h. **sämmtlichen** in den unteren Instanzen ergangenen Entscheidungen gegenüber, sich als neu darstellen. (Hier wird sich dann berufen auf Völderndorff a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 25 ff. Fitting ebenda II S. 284 ff.)

Vgl. auch v. Bülow Civilproz.ordn. Bem. 5 zu § 531 Abs. 2 S. 403: „Auch in einer beim Amtsgericht anhängigen Sache kann eine Beschwerde an das Reichsgericht gelangen, vorausgesetzt, daß dem Beschlusse des Oberlandesgerichts gegenüber ein neuer (in unserem Sinn) selbständiger Beschwerdegrund vorliegt." Entsch. des Reichsgerichts v. 5. Jan. 1880 I. 84 S. 230 u. Entsch. d. Reichsger. vom 20. März 1880 I. 86 S. 233. Die Ansicht von Bülow a. a. O. Bem. 8 zu § 531 S. 404 ist daher gleichfalls richtig, wonach die weitere Beschwerde an das Reichsgericht ausgeschlossen sein soll, wenn Amtsgericht und Oberlandesgericht gleichförmig entschieden haben, obwohl eine davon abweichende Entscheidung des Landgerichts in der Mitte liegt. Entsch. d. Reichsger. v. 22. Okt. 1880 II Bd. 119 S. 413. Mit Recht bemerken v. Wilmowski u. Levy a. a. O.: S. 622 „Die Instanzenhäufung ist nur eine uneigentliche und scheinbare, wenn jede weitere Beschwerde die Erfordernisse einer neuen ersten Beschwerde haben muß und als solche zu behandeln ist, weßhalb auch der Ausdruck „Oberbeschwerde" und „oberste Instanz" nicht recht zutreffend ist."

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß die Gegner unserer Ansicht: Brettner a. a. O. S. 248, 249 und von Kries Rechtsmittel a. a. O. S. 398, 399 im Unrecht sind. Die Gestattung einer vierten Instanz in Beschwerdesachen mag man für prinziplos

halten und deren Zweckmäßigkeit in Abrede stellen, allein das Gesetz spricht ganz allgemein von der Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde in § 531, ohne dieselbe auf drei Instanzen zu beschränken, und in § 135 Nr. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes ist ausdrücklich ausgesprochen, daß in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das Reichsgericht zuständig ist für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Vgl. auch Entscheid. des Reichsger. v. 5. Januar 1880 I S. 230, worin ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Reichscivilprozeßordnung in Verbindung mit § 135 Nr. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes für eine Beschränkung der Beschwerde auf nur drei Instanzen keinen Anhalt gewähre. Daß es hinsichtlich der Beschwerde unter Umständen vier Instanzen gibt, räumen auch Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 zu § 531 S. 496 ein, scheinen jedoch auch der unrichtigen Auffassung Pesersen's a. a. O. Bem. 2.b zu § 531 zu huldigen, wonach bei der Beschwerde an das Reichsgericht überhaupt gar nicht eine „weitere Beschwerde" nach § 531 in Betracht kommen soll, sondern vielmehr eine erste Beschwerde, indem sie wörtlich ausführen: „weil die Neuheit des Beschwerdegrundes nur gegenüber der Entscheidung desjenigen Gerichts, welches zuletzt entschieden hat, in Betracht kommen dürfte." — Vgl. bezüglich der Unrichtigkeit dieser Auffassung meine obigen Ausführungen, insbes. auch die Entscheid. des Reichsgerichts v. 8. März 1881 IV Bd. 98 S. 359 ff., 363, worin ausdrücklich die Ansicht von Struckmann u. Koch a. a. O. und von Petersen a. a. O. als nicht zutreffend bezeichnet wird. Siehe oben S. 232. Vgl. auch Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 284, insbes. S. 295, wo derselbe am Falle der Intervention nachweist, daß, wenn solche vom Amtsgericht zugelassen, auf Beschwerde des Gegners der interventen Partei vom Landgericht zurückgewiesen, auf weitere Beschwerde der interventen Partei oder des Nebenintervenienten selbst aber vom Oberlandesgericht wieder zugelassen worden ist, eine weitere Beschwerde des Gegners der interventen Partei an das Reichsgericht unstatthaft sei, indem er schlagend bemerkt: „Denn, wenn auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts nach Abs. 2 § 68 CPO. einen selbständigen Beschwerdegrund enthält, so ist dieser Beschwerdegrund doch kein neuer, weil jene Entscheidung mit derjenigen des ersten Gerichts überein-

stimmt." — Treffend bemerkt sodann Fitting a. a. O. in Note 12 S. 295, wo er auf die Auffassung von Struckmann u. Koch a. a. O. und von Petersen a. a. O. zu sprechen kommt, und solche an der Hand des mitgetheilten Falls, bei welchem dieselben eine weitere Beschwerde im Sinne von erster Beschwerde und nicht im Sinne des § 531 Abs. 2 in Folge ihrer Theorie zulassen würden, besonders im Hinblick auf die Ansicht von Struckmann u. Koch a. a. O., nach welchen die Neuheit des Beschwerdegrundes nur gegenüber der Entscheidung desjenigen Gerichts, das zuletzt entschieden hat, in Betracht kommen dürfte —: „Allein „**neu**" ist doch kein Beschwerdegrund, der überhaupt schon einmal vorhanden war." —

Als weitere Ausnahme, und unseres Erachtens mit vollem Recht, von dem bei Stattgebung der Beschwerde (Fall I) aufgestellten Grundsatze, daß in der Regel in der Stattgebung der Beschwerde für den Gegner ein weiterer selbständiger Beschwerdegrund liegt, bezeichnet v. Völdernndorff a. a. O. S. 26. 27 den Fall, wenn die reformirende Entscheidung des Beschwerdegerichts kein rechtliches Interesse bietet. Er argumentirt so:

> „Denn hierin liegt schon, daß die Abänderung, wenn sie auch dem Beschwerdeführer nützt, doch dem Prozeßgegner nicht schadet. Damit fehlt jeder Beschwerdegrund, um so mehr ein neuer, selbständiger." —

Er verdeutlich dieses durch folgendes Beispiel: Der Kläger A wird vom Amtsrichter wegen eines ungebührlichen Ausdrucks bei der Verhandlung in Gemäßheit des § 179 des Gerichtsverfassungsgesetzes in eine Geldstrafe von 25 Mark verurtheilt. A beschwert sich beim Landgericht. Dieses hebt die Strafe auf. Hiergegen hat der Gegner B kein Beschwerderecht. Es liegt kein juristischer Beschwerdegrund vor. — Struckmann u. Koch a. a. O. Bem. 3 zu § 531 S. 495, erkennen diesen Fall und den vorigen nicht als Ausnahme von Fall I an, jedoch ohne Angabe von Gründen.

Ich will im Allgemeinen noch bemerken, und paßt dies auf alle Fälle, in welchen in Gemäßheit des § 531 Abs. 2 eine weitere Beschwerde zulässig ist, daß diese je nachdem eine gewöhnliche oder sofortige Beschwerde sein kann. Vgl. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 286. v. Bülow a. a. O. Bem. 6 zu § 531

S. 403. Brettner a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 253, der ausführt, daß die Natur der weiteren Beschwerde nicht von der der Vorbeschwerde abhängt. Ist die Beschwerde demnach nur als sofortige zulässig, so greift § 540 bezüglich der formellen Einlegung derselben Platz. Unter Umständen kann die weitere Beschwerde, wenn die erstmals eingelegte eine sofortige war, eine gewöhnliche sein, namentlich wenn die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, welche die Beschwerde als unzulässig verworfen hat, eingelegt wird, im Falle der Verwerfung als unzulässig z. B. wegen Nichtwahrung der Nothfrist, — da in diesem Falle nur mit der gewöhnlichen Beschwerde die Anfechtung möglich ist, indem dieser Fall der Verwerfung der Beschwerde als unzulässig kein Fall der sofortigen Beschwerde ist. A. M. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 531 S. 622.

Fassen wir nun als Fall II folgenden ins Auge:

II. Die Beschwerde ist durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts für unbegründet erachtet und demgemäß zurückgewiesen worden. Hierin liegt in der Regel für den abgewiesenen Beschwerdeführer kein neuer selbständiger Beschwerdegrund, und kann er deßhalb nicht nochmals Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts erheben. Nehmen wir z. B. den obigen Fall der Nebenintervention an. Erste Instanz ist das Landgericht. Die Hauptprozeßpartei X kann, wenn ihre Beschwerde vom Oberlandesgericht als unbegründet zurückgewiesen worden ist, sich nicht nochmals gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts beschweren. Denn, wenn der Grund der Beschwerde in der Nebeninterventionszulassung liegt, hingegen bei der oberlandesgerichtlichen Entscheidung in der Abweisung der Beschwerde, so liegt doch in dieser Abweisung kein neuer selbständiger Beschwerdegrund, weil X nur dadurch beschwert ist, daß seinem Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention nicht stattgegeben wurde. Etwas ganz anderes ist es, wenn in der abweisenden Entscheidung des Beschwerdegerichts ein anderer, neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt. Dies ist beispielsweise jedoch nicht der Fall, wenn das Beschwerdegericht nicht nach der Vorschrift des Gesetzes besetzt war u. dgl. Vgl. Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 290, welcher treffend ausführt, daß eine Beschwerde gegen eine auf Verletzung wesentlicher Vorschriften des Gesetzes ergangene Entscheidung unzu-

lässig ist, da eine solche durch § 530 nicht vorgesehen sei und es demgemäß an einem selbständigen Beschwerdegrund in einem solchen Falle fehle, daß daher nur nach § 546 Abhilfe gegeben sei. Vgl. auch Entsch. d. Reichsger. v. 5. Jan. 1880 I. 84 S. 230. — A. M. Brettner a. a. O. S. 252. Struckmann u. Koch a. a. O. Seuffert a. a. O. § 531 Bem. 2. b a. E. Petersen a. a. O. § 531 Bem. 2. a. Fitting Reichscivilprozeß (4. u. 5. Aufl.) S. 292, welcher vor der Abhandlung Fitting's in Busch's Zeitschrift II S. 290 geschrieben war, und worin Fitting noch im besprochenen Falle die weitere Beschwerde für zulässig erachtete. — Auch dann liegt ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor, wenn das Beschwerdegericht in seinem Verfahren selbst derart handelt, daß durch diese Handlungsweise dem Beschwerdeführer ein neuer Beschwerdegrund gegeben ist. Das Beschwerdegericht verfügt z. B. neben der Zurückweisung der Beschwerde noch eine sog. Arglist- oder Frivolitätsstrafe, oder es ertheilt neben der Abweisung der Beschwerde dem Beschwerdeführer noch einen Verweis. In diesen Fällen kann, da ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliegt, weitere Beschwerde erhoben werden. Vgl. v. Völderndorff a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 23; vgl. auch Kommissionsprotokolle zur Konkursordnung S. 78. —

v. Völderndorff a. a. O. bezeichnet diesen Fall als den Prinzipalfall des neuen selbständigen Beschwerdegrundes. Brettner a. a. O. in Busch's Zeitschr. S. 250 hingegen führt aus, dieser Fall falle nicht unter Abs. 2 § 531 und sei es daher nicht richtig, wenn ihn v. Völderndorff a. a. O. den Prinzipalfall des neuen selbstständigen Beschwerdegrundes nenne, es liege hier vielmehr ein Fall der einfachen, ersten Beschwerde vor, die sich stütze auf die §§ 179 u. 183 des Gerichtsverfassungsgesetzes, da eine Entscheidung des Beschwerdegerichts als solche fehle. Dies dürfte jedoch nach unseren Darlegungen, wonach kein Unterschied zwischen der (ersten) Beschwerde und der weiteren Beschwerde besteht, die weitere Beschwerde kein besonderes Rechtsmittel, sondern eben nur die Beschwerde, die einfache oder sofortige, ist, nicht richtig sein. Jedoch kann man bei dem angeführten Falle allerdings darüber streiten, ob die weitere Beschwerde sich gegen die ganze Entscheidung richtet oder nur gegen den weiter beschwerenden Zusatz — die Frivolitätsstrafe. Richtiger dürfte wohl die Ansicht sein, wonach die weitere oder besser neue

Beschwerde nur gegen die Frivolitätsstrafe gegeben ist, weßhalb es dann allerdings nicht zutreffend ist, mit Völderndorff a. a. O. unsern Fall den Prinzipalfall des neuen selbständigen Beschwerdegrundes zu nennen. Ganz zutreffend bemerken Struckmann und Koch a. a. O. Bem. 3 Abs. 4 zu § 531 S. 496, es liege in einer von der Begründung der Erstinstanzentscheidung abweichenden verschiedenen materiellen (rechtlichen oder thatsächlichen) Begründung der auf die Beschwerde ergangenen ablehnenden Entscheidung kein neuer, selbständiger Beschwerdegrund, ja überhaupt kein Beschwerdegrund, da es nur auf die Entscheidung allein ankomme; es sei daher die weitere Beschwerde auch nicht zulässig, wenn das Beschwerdegericht die auf neue Thatsachen gestützte Beschwerde verworfen habe. Vgl. auch Entscheidung des Reichsgericht I S. 223. (Bei der Frage, ob zwei gleichlautende Entscheidungen vorliegen, ist lediglich der Inhalt derselben und nicht der der Entscheidungsgründe maßgebend.)

Als Fall III kommt in Betracht:

III. Das Beschwerdegericht hat der Beschwerde nur theilweise stattgegeben, es hat die angegriffene Entscheidung theilweise reformirt, unter Verwerfung der Beschwerde bezüglich des nicht reformirten Theiles als unbegründet. Dieser Fall greift vielfach in das sub I und II Besprochene ein, allein es ist bezüglich desselben Mancherlei zu besprechen, was besser hier allein abgehandelt wird, um durch Sichtung des Stoffes Klarheit zu gewinnen. In Fall III versteht es sich von selbst, daß von einem neuen Beschwerdegrund (dessen Selbständigkeit in dem von uns gegebenen Sinne vorausgesetzt) stets nur gesprochen werden kann insoweit, als durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine theilweise Reformation der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung eingetreten ist, da bezüglich des als unbegründet zurückgewiesenen Theils der Beschwerde weiteres Beschwerderecht in der Regel nicht Platz greift. (Fall II.)

Hier ist hauptsächlich ein Fall zu besprechen, bezüglich dessen Divergenz der Ansichten besteht: der Fall, wenn bezüglich der Höhe der angesetzten ersatzmäßigen Kosten, wie solche im Kostenfestsetzungsbeschlusse ausgesprochen, Beschwerde erhoben wird. Nach § 99 C.P.O. findet gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß sofortige Beschwerde statt. Ich will hier den von Fitting a. a. O. in Busch's Zeitschrift II S. 292 angeführten Fall zum Gegenstand meiner Be-

sprechung nehmen. Das Erstinstanzgericht hat die vom Beklagten zu erstattenden Prozeßkosten auf 150 Mark festgesetzt. Das Beschwerdegericht hat in Folge der vom Beklagten erhobenen sofortigen Beschwerde den ersatzmäßigen Betrag auf 100 Mark herabgesetzt. Der selbständige Beschwerdegrund ist in Gemäßheit des § 99 Abs. 3 vorhanden. Ist er aber auch und inwieweit ein neuer? Er ist, wie Fitting a. a. O. annimmt, nur insoweit ein neuer, als die Entscheidung des Beschwerdegerichts von derjenigen des ersten Gerichts eine abweichende ist. Der Beklagte kann daher eine weitere Beschwerde überhaupt nicht einlegen. Der Kläger hingegen kann sie einlegen, weil ihm dadurch, daß ihm 50 M. weniger als früher zugesprochen wurden, Anlaß zu einer Beschwerde gegeben ist. Diese Argumentation halte ich, als in der Natur der Sache liegend, für vollständig richtig. Auch die in einem andern Falle von Fitting a. a. O. getroffene Entscheidung muß ich durchaus billigen. Das Erstinstanzgericht hat die Gerichtskosten auf 100 M. festgesetzt. Der Zahlungspflichtige erhebt Beschwerde — § 4 Abs. 2 Ger.-Kost.-Ges. Das Beschwerdegericht erhöht — G.K.G. § 4 Abs. 1 a. E. — den Betrag um 50 M., setzt ihn also auf 150 M. fest. In diesem Falle steht jedenfalls dem Zahlungspflichtigen weitere Beschwerde zu, jedoch blos um Wiederherabsetzung auf 100 M. zu erzielen. Die Staatskasse hat, wenn das Beschwerdegericht dem entsprechend abändert, kein Beschwerderecht; sie kann sich aber auch nicht gegen die obige Festsetzung von 150 M. beschweren, weil, wie Fitting treffend bemerkt, „die Gerichtskosten den Betrag von 150 M. jedenfalls nicht übersteigen", worin beide Entscheidungen übereinstimmen. Einer solchen Beschwerde würden die duae conformes entgegenstehen, und kann in der Entscheidung kein neuer Beschwerdegrund erblickt werden.

Nach einer Entscheidung d. Reichsger. v. 3. Nov. 1880 I. 99 S. 358 ist in einem Falle auch dem Obigen ganz entsprechend entschieden worden mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Fitting a. a. O. Vgl. auch Vierhaus „die Praxis d. Reichsgerichts" in Busch's Zeitschrift V (1882) S. 112. v. Völderndorff a. a. O. S. 26 gibt in einem ähnlichen Falle, wo es sich um eine Summe handelt und auf erhobene Beschwerden hin abändernde Entscheidungen ergehen, ganz übereinstimmende Meinung ab.

In dem Falle, wenn auf Grund des § 99 Beschwerde gegen

die Festsetzung der ersatzmäßigen Kosten erhoben wird und das Beschwerdegericht Aussetzung des Verfahrens in Gemäßheit des § 229 verfügt, also die Entscheidung des Beschwerdegerichts sich auf eine ganz andere Frage erstreckt als auf die, welche Gegenstand der Entscheidung des ersten Gerichts war, ist natürlich ein selbständiger (§ 229 C.P.O.) und neuer Beschwerdegrund vorhanden und zwar für beide Theile. § 229. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 531 S. 621. Fitting a. a. O. S. 293.

Schließlich kommt in Betracht als Fall IV: Die Beschwerde ist durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts als unzulässig (formell unzulässig — § 537 — „Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen") verworfen worden, während der Antrag beim Untergericht nur als unbegründet, d. i. materiell unzuläss̈g, zurückgewiesen wurde. Prüfen wir zuerst an der Hand von Beispielen, ehe wir einen bestimmten Satz aufstellen, wobei wir vorausschicken, daß die Ansichten der Schriftsteller darüber, ob in Fall IV die weitere Beschwerde überhaupt statthaft, bezw. dann statthaft ist, wenn die Beschwerde mit Unrecht als unzu lässig verworfen worden ist, sehr divergiren. Als Beispiele mögen folgende dienen:

Die Beschwerde wird deßhalb als unzulässig verworfen, weil das Beschwerdegericht sie für verspätet eingebracht erachtet, oder weil das Beschwerdegericht annimmt, eine Beschwerde sei in dem vorliegenden Falle überhaupt nicht zulässig. In diesen Fällen tritt allerdings eine Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung ein, welche aber in materieller Weise nicht mit der Entscheidung des Erstinstanzgerichts übereinstimmt. Wenn auch hier zwei konforme Entscheidungen, insofern konform — das Wort „konform" in seiner wörtlichen Bedeutung genommen —, als sie den Antrag, die Beschwerde überhaupt zurückweisen, vorliegen, so ist dies doch keine Konformität im Sinne des Gesetzes. Im Sinne des Gesetzes versteht man unter konformen Entscheidungen solche, welche in materieller, sachlicher Beziehung übereinstimmen, wenn sie auch durch verschiedene Rechtsanschauung veranlaßt sind. Deßhalb ist in diesem Falle, im Falle der Zurückweisung der Beschwerde als formell un-

zulässig — § 537 —, weil über die materielle Seite der erstinstanzlichen Entscheidung das Beschwerdegericht gar nicht geurtheilt hat — während der Unterrichter dem Antrag als materiell unbegründet nicht stattgegeben hat, dem Beschwerdeführer eine weitere Beschwerde gegeben, da in dieser Zurückweisung als „unzulässig", natürlich vorausgesetzt, daß sie mit Unrecht erfolgt ist, ein „neuer" Beschwerdegrund liegt, welcher zugleich ein „selbständiger" ist, da in Gemäßheit der §§ 536 u. 537 eine solche, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Enscheidung vorliegt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, in welchem Falle nach § 530 das Recht der Beschwerde gegeben ist. Vgl. auch § 14 der „Begründung einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871" — S. 55, welcher den Begriff der Konformität so, wie ich ihn oben gegeben habe, auffaßt. Ich kann in diesem Falle der weiteren Beschwerde keine Ausnahme von dem Falle II erblicken, wie v. Völderndorff a. a. O. S. 23, sondern betrachte ihn als einen weiteren Fall der weiteren Beschwerde und habe ihn auch deßhalb unter Fall IV zur Besprechung gebracht. Uebereinstimmend mit unserer Ansicht auch Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 2. c zu § 531 S. 602, welcher treffend bemerkt, daß in diesem Falle der Beschwerdeführer aus dem Grunde, daß die Beschwerde formell zulässig gewesen sei, d. h. eben, daß sie mit Unrecht als (formell) unzulässig verworfen worden, weitere Beschwerde ergreifen kann. Vgl. ferner Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bemerk. zu § 531 Bem. 3 Abs. 3 S. 496. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 9 Abs. 1 S. 404. v. Völderndorff a. a. O. Petersen Civilproz.ordn. II (1. Aufl.) Bem. 2. a zu § 531 S. 407 („Nur wenn das Beschwerdegericht gar nicht auf den Grund der Sache eingegangen ist, sondern die Beschwerde für unzulässig erklärt hat, findet eine weitere Beschwerde statt, da hier nicht zwei übereinstimmende Entscheidungen vorliegen, sondern sich die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf einen Punkt bezieht, welcher dem ersten Richter noch nicht vorlag und noch gar nicht vorliegen konnte.") Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausgabe 1881) II Bem. 2. b zu § 531 S. 468. Heise u. Cropp: Das Prinzip der duae sententiae conformes nach Hamburger Recht in deren jurist. Abhandl. II S. 183 ff., insbes. S. 228. v. Kries Rechtsmittel § 26 S. 397 („Sodann kann eine Beschwerde erhoben werden, wenn die

erste von dem Beschwerdegericht als unzulässig verworfen ist. In diesem Falle besteht eine fundamentale Differenz zwischen dem Grunde der ersten und dem der zweiten Beschwerde.") Brettner a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 252. Schmidt: „Ist die in § 531 der deutschen Civilproz.ordn. ausnahmsweise gestattete weitere Beschwerde dem Beschwerdeführer zu versagen, wenn die Beschwerde vom Beschwerdegericht mit Unrecht als formell unzulässig verworfen ist?" in Busch's Zeitschrift III (1881) S. 20 ff. insbes. S. 24 unter besonderer Verweisung auf den Wortlaut der Motive zu § 507 des Entwurfs) jetzt § 531 der Prozeßordnung) S. 330:

„Die weitere Beschwerde ist in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält. Diese Vorschrift entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen" —

mit Hinweisung auf den Umstand, daß dieser letztern Bemerkung die in Abs. 1 § 485 des Regierungsentwurfs enthaltene Bestimmung zu Grunde lag, dahin lautend:

„Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist." —

Schmidt a. a. O. führt sodann weiter überzeugend aus, daß demnach nicht bezweifelt werden könne, daß die Reichsregierung bei Vorlegung des Entwurfs dem Wortlaute des Abs. 2 § 507 des Entwurfs (jetzt § 531 C.P.O.) die Bedeutung beigemessen habe:

„daß die weitere Beschwerde, aber auch nur alsdann ausgeschlossen sein solle, wenn zwei gleichlautende Entscheidungen der beiden unteren Instanzen vorliegen, daß insbesondere dem Beschwerdeführer die weitere Beschwerde nicht zu versagen sei, wenn das Beschwerdegericht die erhobene Beschwerde — unter Ablehnung jeder Prüfung der Materialien derselben — lediglich als formell unzulässig zurückgewiesen hat."

Schmidt hebt dann weiter hervor, daß der Umstand, daß die im § 485 des Entwurfs enthaltenen Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision, auf welche in den Motiven für die

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde verwiesen ist, woraus sich deren analoge Anwendung auf dieselbe ergebe, im Gesetze abgeändert worden seien, selbstverständlich ohne alle Bedeutung für die dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Auslegung des § 531 Abs. 2 (weitere Beschwerde) sei, zumal die deßfallsige Bestimmung des Entwurfs über die **Zulässigkeit der weiteren Beschwerde unverändert geblieben sei** und in den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren nirgends die Intention hervorgetreten sei, daß dem § 531 Abs. 2 C.P.O. **eine von dem ursprünglichen Regierungsentwurfe** abweichende Bedeutung beizumessen sei.

Diesen Ausführungen Schmidt's a. a. O. stimme ich in jeder Beziehung bei und habe denselben nichts weiter beizufügen. Vgl. auch meine Ausführungen über die Vorgeschichte des Abs. 2 § 531 oben S. 217 ff.

Für die Richtigkeit unserer Ansicht spricht auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. November 1880 IV 99. S. 359, insbes. S. 362, welche wörtlich ausführt: „Indessen muß die weitere Beschwerde nichtsdestoweniger dann zugelassen werden, wenn, wie hier, das Beschwerdegericht die Beschwerde nicht materiell geprüft, sondern als unzulässig verworfen hat, weil dann die Entscheidung sachlich mit dem Beschwerdepunkt selbst in keinem Zusammenhange gestanden hat, also auch der durch § 530 C.P.O. an die Hand gegebene Beschwerdegrund dem vorigen gegenüber als ein neuer und selbständiger erscheint." Vgl. auch Entsch. d. Reichsger. v. 20. März 1880 I. 86 S. 233. Ferner Entsch. d. Reichsger. (Plenarbeschluß) v. 29. April 1880 I. S. 431. Vollständig zutreffend hebt v. Bülow a. a. O. Bem. 9 Abs. 2 zu § 531 S. 404 noch hervor, daß der Fall anders liegt, wenn das Oberlandesgericht bereits in dritter Instanz seine Entscheidung gegeben habe und die Entscheidung des Landgerichts, daß die gegen die Entscheidung des Amtsgerichts erhobene Beschwerde formell unzulässig sei, bestätigt habe, weil dann ja duae conformes vorlägen. Hiermit stimmt auch die Entsch. d. Reichsger. vom 5. Januar 1880 I. 84 S. 230 überein, die diesen Fall behandelt.

Anderer Meinung sind und haben sich gegen die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde, wenn die Beschwerde vom Beschwerdegericht als formell unzulässig verworfen worden ist, erklärt: Fitting a. a. O.

in Busch's Zeitschrift II S. 284, insbes. S. 286. 287, indem er argumentirt, das Beschwerdegericht, welches die Beschwerde, etwa wegen Verspätung, als unzulässig verwerfe, verweigere nicht das Verfahren auf die Beschwerde, es gebe nur nach stattgehabtem Verfahren die Entscheidung über die Rechtsfrage, ob die Beschwerde zulässig sei oder nicht, deßhalb könne die Entscheidung über die Frage, ob die Beschwerde formell zulässig sei, auch nicht zu den Entscheidungen gezählt werden, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen werde, zumal auch doch sicher ein ausdrücklicher Antrag des Beschwerdeführers, die Beschwerde für zulässig zu erklären, nicht als „ein das Verfahren betreffendes Gesuch" betrachtet werden könne. Nach meinen obigen Ausführungen halte ich diese Argumentation Fitting's nicht für richtig, zumal ich die Auffassung Fitting's über ein das Verfahren betreffendes Gesuch, als allzu gekünstelt und rigoristisch nicht zu theilen vermag, wobei ich Schmidt a. a. O. beistimme, indem ich eben darin, daß jede Prüfung der Materialien der Beschwerde durch Verwerfung derselben als „unzulässig" abgelehnt wird, eine Zurückweisung erblicke, welche das das Verfahren betreffende Gesuch erfährt. Daß Fitting offenbar dadurch zu der unserer Ansicht entgegenstehenden gelangt ist, daß er dem § 531 Abs. 2 bezüglich der Zulassung der weiteren Beschwerde ein eng begrenzteres Gebiet, als in der Intention des Gesetzgebers liegend, der die Unstatthaftigkeit einer weiteren Beschwerde als Regel betrachtet wissen wolle, einräumen will, bemerkt Schmidt a. a. O. wohl mit Recht. Fitting a. a. O. S. 296 a. E.

In der 4. u. 5. Aufl. seines Reichscivilprozesses S. 292 läßt Fitting noch die weitere Beschwerde des Beschwerdeführers zu wegen Verwerfung der Beschwerde durch das Beschwerdegericht als „unzulässig." — Ferner: v. Wilmowski und Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 2 zu § 531 S. 621. Diese Autoren bemerken a. a. O.: „Auch für den Fall, daß die Beschwerde von dem Beschwerdegericht als unzulässig verworfen wird (§ 537), ist dieselbe definitiv erledigt." Sie rechtfertigen ihre Ansicht durch folgende Argumente: In dieser Verwerfung als „unzulässig" liege keine Difformität gegen die frühere Entscheidung, diese werde, wenn auch nur aus formellen Gründen, aufrecht erhalten; allein auch abgesehen von der Frage über Konformität oder Difformität, in der Verwerfung einer Beschwerde, möge sie aus materiellen oder formellen Gründen er-

folgen, könne niemals ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gefunden werden; die weitere Beschwerde sei keine Oberbeschwerde, sondern eine von der früheren Beschwerde unabhängige erste Beschwerde gegen eine für den Beschwerdeführer neue Anordnung des Gerichts, und könne man dieses novum nicht in einer rein negativen Beschwerdeverwerfung, sondern nur in einer positiven Anordnung finden; auch sei die Zulassung einer weiteren Beschwerde bei der Verwerfung der Beschwerde als „unzulässig" schon deßhalb nicht gerechtfertigt, weil z. B., wenn diese Verwerfung im Falle der Nichtwahrung der Nothfrist eingetreten sei, dann, da das Gesetz für diesen Fall die sofortige Beschwerde nicht zulasse, die Partei im Wege der einfachen Beschwerde eine weitere Beschwerde erheben könne, während sie zuvor gegebenen Falls nur die sofortige Beschwerde hatte. Ich halte dies für vollkommen zulässig und vermag nicht einzusehen, warum dies dem ganzen Zweck des Instituts, wie v. Wilmowski u. Levy a. a. O. bemerken, widersprechen soll. Im Uebrigen verweise ich auf meine Ausführungen zu dieser sicherlich äußerst schwierigen Materie in diesem Paragraphen. Ich bemerke, daß es wünschenswerth wäre, wenn der Ansicht von v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 621 und von Fitting a. a. O. S. 286. 287 beigepflichtet werden könnte, da hierdurch das ohnedies etwas allzu weite Feld der Beschwerde eingeengt würde. Vgl. auch noch über die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch welche die Beschwerde als unzulässig verworfen wird, die Entscheid. des Reichsgerichts vom 10. Dezember 1881 V (1882) 124 S. 431 ff., worin die natürliche Ausnahme gemacht wird für den Fall, wenn die Verneinung der Zulässigkeit der Beschwerde eine materielle Billigung der mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung in sich schließt — hier findet keine weitere Beschwerde statt. Mit Recht hebt Seuffert Civilprozeßordn. Bem. f. zu § 531 S. 602 hervor, was ich hier zum Schlusse noch anführen will, daß für die weitere Beschwerde (§ 531) die in den §§ 511, 512 festgesetzten Beschränkungen des Rechtsmittels der Revision nicht Platz greifen. Daher kann auch gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in dem Falle Beschwerde an das Reichsgericht (an das oberste Landesgericht — Bayern) erhoben werden, wenn es sich auch nur um eine Verletzung des partikularen Rechts(§ 511) handelt.

Aus all' dem Ausgeführten dürfte sich ergeben, daß das Be-

schwerderecht des Reichscivilprozesses, insbesondere bei der allzu liberalen Zulassung von weiteren Beschwerden gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts, ein viel zu weitgehendes ist, woraus sich vielfach Inkonvenienzen für eine ersprießliche Prozeßführung ergeben dürften. In richtiger Erwäguug der Verhältnisse hatte die nunmehr obsolete badische bürgerliche Prozeßordnung von 1864 bestimmt, daß gegen die Entscheidung über eine Beschwerdeführung kein weiterer Rechtszug statthat. Vgl. § 1163 der bad. bürg. Proz.-ordn. v. 1864. Es ist zu bedauern, daß dieser Grundsatz der badischen Prozeßordnung in der Reichscivilprozeßordnung keine Aufnahme gefunden hat. Vgl. zu § 531: Entw. § 507. Nordd. Entw. §§ 817, 818, 819. Prot. S. 272. 559. 622. 623.

§. 23.

Die Einlegung der Beschwerde. — §§ 532 u. 533.

Die Einlegung der Beschwerde erfolgt bei dem Gericht, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen. § 532 Abs. 1.

(Besonders geregelt ist in § 7 Abs. 5 des Einf.-Ges. zur Civil-Proz.-Ordn. die Einlegung der Beschwerde beim obersten Landesgericht (Bayern) gegen beschwerende Entscheidungen des Oberlandesgerichts.)

Der Abs. 1 § 532 gilt sowohl hinsichtlich der einfachen als auch der sofortigen Beschwerde; nur kann die sofortige Beschwerde auch sofort bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden, auch wenn kein dringlicher Fall vorliegt, und genügt die Einlegung der sofortigen Beschwerde beim Beschwerdegericht zur Wahrung der Nothfrist. Vgl. § 540 Abs. 2. Die Einlegung der Beschwerde beim beschwerenden Gericht hängt, abgesehen von der in § 540 besonders behandelten sofortigen Beschwerde, damit zusammen, daß die (einfache) Beschwerde zugleich als Gegenvorstellung erscheint, der in Gemäßheit des § 534 der judex a quo selbst abhelfen kann. Wenn die Beschwerde unmittelbar bei dem Beschwerdegericht eingereicht wird, so entsteht, auch wenn der Fall nach der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht als dringend erachtet wird, für den Beschwerdeführer hierdurch kein Rechtsnachtheil. Das Beschwerdegericht kann daher auch, wie v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. Bem. 2

zu § 532 S. 623 richtig bemerken, im Falle es die Dringlichkeit nicht annimmt, die Beschwerdeschrift nicht einfach ignoriren oder dem Beschwerdeführer zurückgeben, sondern hat vielmehr, wenn es sich um eine einfache Beschwerde handelt, dem judex gravans dieselbe gemäß § 534 zu überweisen „zur Erwägung, eventuell zur Wiedereinreichung.“ Im Falle der sofortigen Beschwerde verhält sich die Sache anders: hier hat das Beschwerdegericht sofort über die Beschwerde zu entscheiden, da nach Abs. 3 § 540 das beschwerende Gericht bei der sofortigen Beschwerde nicht zu einer Abänderung seiner durch dieselbe angegriffenen Verfügung befugt ist. Zu Abs. 1 § 532 bemerken dieselben Kommentatoren gleichfalls sehr zutreffend, daß die Verfügungen des Vorsitzenden denen des Gerichts insofern gleichgestellt sind, als das Gericht selbst keine denselben übergeordnete Instanz bildet, daß die in den §§ 131 und 362 enthaltenen Bestimmungen lediglich scheinbare Ausnahmen enthalten, die in keinem Zusammenhange mit der Beschwerde stehen. Vgl. Motive S. 332, die wörtlich Folgendes besagen:

> „Die §§ 126 Abs. 4, 348 Abs. 4, 298 (des Entwurfs) enthalten keine Ausnahme, weil hier das Gericht als Kollegium nach außen auftritt und sich die Grundlagen für die Urtheilsfindung muß beschaffen können, also nicht einzelne, von dem Vorsitzenden in den seiner Amtssphäre allein überwiesenen Gebieten getroffene Verfügungen in Frage stehen.“ —

Die Einlegung der Beschwerde erfolgt in der Regel durch Einreichung einer Beschwerdeschrift. Sie kann aber auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war, wenn ferner die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. § 532 Abs. 2. Hieraus ergibt sich, daß das Verfahren bezüglich der Einlegung der Beschwerde abweicht von dem hinsichtlich der Einlegung der Berufung oder Revision geltenden Verfahren, wobei ich noch besonders hervorhebe, wie ich dies bereits früher bemerkt habe, daß die einfache Beschwerde an keine Einlegungsfrist, Nothfrist, gebunden ist. Die beiden Rechtsmittel der Berufung und Revision werden nach Analogie der Klage durch **Zustellung** eines Schriftsatzes an den Gegner eingelegt. Vgl. §§ 479, 507 ff. Diese Zustellung erfolgt, nachdem der Vorsitzende des Berufungs- oder Revisionsgerichtes den Termin zur

Verhandlung angesetzt hat, weßhalb die Einlegungsfrist nach § 193 C.P.O. in Abschrift auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Vgl. hierüber § 5 d. B. (Einlegung der Berufung).

Die Einlegung der Beschwerde hingegen erfolgt durch **Einreichung** eines Schriftsatzes, der Beschwerdeschrift, bei dem Gericht, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen worden ist — beim judex gravans, judex a quo. — Dies ist die Regel für die Beschwerde überhaupt (einfache und sofortige Beschwerde). Ausnahmsweise, „in dringenden Fällen" und nur in diesen kann die einfache Beschwerde auch sofort beim Beschwerdegericht eingereicht werden, die sofortige Beschwerde hingegen auch in nicht dringenden Fällen.

Mit der Einreichung ist die Einlegung der Beschwerde vollendet. Eine Zustellung an den Gegner, wenn ein solcher überhaupt vorhanden ist, ist bei der Beschwerde, der einfachen oder sofortigen, nicht erforderlich. Diese Vorschrift bezüglich der als Regel geltenden Form der Einlegung der Beschwerde findet ihre Erklärung in § 534, wovon ich schon Eingangs dieses Paragraphen gesprochen habe. Die Beschwerde erscheint zunächst nur als Gegenvorstellung, d. h. nur die einfache Beschwerde und nicht die sofortige Beschwerde. § 540 Abs. 3. Die Reichscivilprozeßordnung kennt jedoch die Gegenvorstellung, wie z. B. die bayerische Prozeßordnung in Art. 755, nicht als ein selbständiges, besonderes Rechtsmittel, sondern die Beschwerde soll zugleich die Gegenvorstellung umfassen, welche einer weiteren Regelung daher nicht bedarf, und welche, wenn sie Erfolg hat, die Entscheidung des Beschwerdegerichts alsdann überflüssig macht. Vgl. auch Motive zu § 507 a. E. (jetzt § 532) S. 330.

Hieraus erklärt sich, wie oben angedeutet, die in § 532 getroffene Bestimmung, daß die Beschwerdeschrift in der Regel beim judex a quo eingereicht wird, und daß sie auch unbeschränkt auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden darf. §§ 532 Abs. 1, 533. Die Beschwerde steht darin der Berufung gleich, sie ersetzt gewissermaßen die Berufung — § 491 Abs. 1 —, sie ist daher auch nicht auf Anfechtungen wegen Rechtsverletzungen beschränkt. Vgl. Motive zu §§ 508—510 (jetzt §§ 532—534) S. 330 ff. Richtig bemerkt v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 533 S. 405, daß auch dem Gegner, wenn er gehört wird, das Novenrecht zusteht, und

daß der Beschwerderichter die neuen Beweise aufzunehmen befugt ist. Und ebenso treffend bemerken v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 533, daß § 533, wie auch §§ 532—538, auf die weitere Beschwerde des § 531 Abs. 2 anwendbar ist, was schon daraus hervorgehe, daß die weitere Beschwerde keine Oberbeschwerde, sondern eine neue selbständige Beschwerde sei. Vgl. meine Ausführungen in § 22 d. B. Dadurch, daß die Beschwerdeschrift in der Regel beim judex a quo einzureichen ist, erhält derselbe Gelegenheit, falls er auf Grund erneuerter Erwägung und Prüfung oder auf Grund der in der Beschwerdeschrift angeführten nova die Beschwerde für begründet erachtet, die angefochtene Entscheidung kurzer Hand zurückzunehmen oder zu berichtigen. So die Motive zu §§ 508—510 (jetzt §§ 532—534) S. 330 ff. — Hervorheben will ich hier noch, daß die badische bürgerliche Prozeßordnung von 1864 es in das Ermessen des Beschwerdeführers stellte, bei welchem Gericht, ob beim judex a quo oder beim judex ad quem, er die Beschwerde einlegen will. Vgl. §§ 1157 u. 1161 der bad. bürg. Proz.-Ordn. von 1864.

Die Einlegung der Beschwerde zum Sitzungsprotokolle ist nicht gestattet. Motive a. a. O. S. 330. Die Beschwerde ist nicht gelegentlich der mündlichen Verhandlung der Hauptsache zuzulassen. §§ 532 Abs. 2, 214 Abs. 2. Nordd. Prot. S. 1555. Regel nach § 532 Abs. 1 ist also Einreichung der Beschwerde beim judex gravans. Was die Ausnahme von der Regel anbelangt, so kann „in dringenden“ Fällen die Beschwerdeschrift auch beim Beschwerdegericht eingereicht werden. Dies bezieht sich nur auf die einfache Beschwerde — § 531 Abs. 1 —. Wegen der sofortigen Beschwerde siehe § 540 Abs. 2 in Verbindung mit dem bereits oben Ausgeführten. Die Frage, ob der Fall ein dringlicher ist, d. h. ob er der raschen Abhülfe bedarf, ist durch die Partei zu beantworten. Sie hat die Dringlichkeitsgründe anzugeben. Es ist dann Sache des Beschwerdegerichts, wenn es die Sache für keine dringliche hält — siehe oben S. 246 —, das Gericht, gegen welches, bezw. gegen dessen Entscheidung die Beschwerde erhoben worden ist, zum Bericht aufzufordern, oder dem Beschwerdeführer die Beschwerdeschrift behufs Einreichung bei dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung er sich beschwert, zurückzugeben, oder die Beschwerdeschrift selbst diesem Gericht vorzulegen (was jedenfalls billiger und daher auch angemessener sein dürfte; siehe oben S. 246), welches dann die Sache als Gegen-

vorstellung behandeln und zur Erledigung bringen kann. § 534. Dies alles bezieht sich nur auf die einfache Beschwerde. Vgl. hierüber auch: v. Wilmowsky u. Levy a. a. O. S. 623. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 3 zu § 532 S. 497. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 532 S. 404. Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 1 zu § 532 S. 603. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 532 S. 492, welcher richtig hervorhebt, daß es sicherlich nicht die Meinung des Gesetzgebers sei, das Beschwerdegericht könne die bei ihm eingelegte Beschwerde wegen nicht vorhandener Dringlichkeit förmlich zurückweisen. Vgl. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. 1 zu § 532 S. 409. Puchelt Civilproz.ordn. II Bem. 2 Abs. 4 zu §§ 532 u. 533 S. 384. Hellmann Civilproz.ordn. II (Neue Ausg. 1881) Bem. 1.a Abs. 2 zu § 532 S. 471. Uebel Civilproz.ordn. II Bem. 8 zu §§ 530 ff. S. 49. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. 1 Abs. 2 S. 591, der richtig bemerkt, daß, da die einfache Beschwerde an keine Frist gebunden ist, dem Beschwerdeführer niemals ein sachlicher Nachtheil drohe, wenn er die Beschwerdeschrift bei dem Beschwerdegericht einreiche. Das versteht sich von selbst als aus der Natur der Sache fließend, daß im Dringlichkeitsfalle das Beschwerdegericht die Beschwerde zu behalten und darüber zu entscheiden hat unter sofortiger Einforderung der Akten und gegebenen Falls unter Erlassung einer einstweiligen Anordnung in Gemäßheit des Abs. 2 u. 3 des § 535. Wenn beide Theile durch eine Entscheidung sich beschwert fühlen, so hat jeder seine Beschwerde für sich einzulegen. Eine Anschließung an eine bereits eingelegte Beschwerde ist dem Gesetze unbekannt und läßt sich auch auf Grund der für die Beschwerde gegebenen gesetzlichen Vorschriften nicht konstruiren.

Richtig bemerkt auch Gaupp a. a. O. II Bem. II zu § 532, daß, da die Beschwerdeschrift im Gegensatz zur Berufungs- und Revisionsschrift kein vorbereitender Schriftsatz sei, der nur bei Gericht hinterlegt werde, sondern ein an das Gericht selbst gerichtetes Gesuch, durch welches die Thätigkeit des Beschwerdegerichts unmittelbar in Anspruch genommen werde, alle in Betracht kommende Verfügungen vom Beschwerdegericht selbst und nicht von der Gerichtsschreiberei auszugehen haben, wenngleich die Einforderung der Akten durch diese vermittelt werde. —

Nach Abs. 2 § 532 erfolgt die Einlegung der Beschwerde ent-

weder durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, sie kann aber auch in den dort zugelassenen Fällen durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen. Die Motive zu §§ 508—510 (jetzt §§ 532—534) S. 330 besagen nun in Bezug auf den Fall, daß die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift erfolgt, wörtlich Folgendes:

„Die Beschwerde wird entweder nach § 508 Abs. 2 (jetzt § 532 Abs. 2) durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersterenfalls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (jetzt § 74) (nordd. Prot. III S. 1560) eine Anwaltsschrift." —

Hieraus darf man nicht den Schluß ziehen, daß die Beschwerdeschrift stets eine Anwaltsschrift sein müsse, wenn sie nicht vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben wird, sondern der Abs. 2 § 532 ist so aufzufassen, daß in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt werden kann, aber gleichwohl in schriftlicher Form, als Schrift eingereicht wird, in Gemäßheit des Abs. 2 § 74 kein Anwaltszwang stattfindet, daß hingegen in allen andern Fällen der schriftlichen Einlegung Anwaltszwang vorgeschrieben ist. Vgl. hierüber v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 532 S. 623. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 Abs. 2 zu § 532 S. 498 („Die Motive sind hier nicht ganz korrekt"). Seuffert Civilproz.ordn. Bem. 2 zu § 532 S. 603 („Die Bemerkung der Motive „Ersterenfalls ist die Beschwerdeschrift — eine Anwaltsschrift" — ist ungenau oder doch mißverständlich. Die Beschwerdeschrift muß Anwaltsschrift sein in allen Fällen, in welchen nicht alternativ die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen kann. Sie braucht aber nicht Anwaltsschrift zu sein, insoweit in Abs. 2 des § 532 alternativ die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben ist." Arg. § 74 Abs. 2.) Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. 2 zu §§ 532. 533 S. 384. Endemann Civilprozeßordn. II Bem. II A zu § 532 S. 493. Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. 2 zu §§ 532. 533 S. 409 („In allen Fällen, in welchen eine Beschwerdeschrift eingereicht werden muß, ist, da dieselbe für ein Kollegialgericht bestimmt ist, der Anwaltszwang begründet

— wie auch in den Motiven (S. 527 Kortkampf'sche Ausg.) hervorgehoben wurde —. Dagegen bedarf es der Mitwirkung des Anwalts nicht, wenn die Einlegung auch durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen könnte. [Bem. II 4 zu § 74]."") Hellmann Civilprozeßordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. 1 b Abs. 2 zu § 432 S. 471. Gaupp Civilprozeßordn. II Bem. II B zu § 532 S. 592. Fitting Reichscivilprozeß (5. Aufl.) § 74 S. 293. v. Sarwey Civilprozeßordn. I Bem. zu § 532 S. 715. Kleiner Civilprozeßordn. II Bem. zu § 532 S. 610. Vgl. auch insbes. Entscheid. des Reichsger. v. 17. Nov. 1880 III 103 S. 372 ff., welche ausführen, daß die Bemerkung der Motive a. a. O. S. 330 ungenau sei; daß der Unterschied, welchen Abs. 2 § 532 a. a. O. in Betreff der Beschwerdeschrift und der Erklärung zu Protokoll macht, mit den allgemeinen Bestimmungen des § 74 C.P.O. korrespondire, nach welchen der Anwaltszwang für das Verfahren vor den Landgerichten und allen höheren Instanzen vorgeschrieben ist; daß, solange der § 74 (in den Vorentwürfen — § 126 Nordd. Entw. —) nur diese Bestimmung enthielt, die angeführte Aeußerung der Motive zutreffend gewesen sei, was jetzt aber nicht mehr der Fall sei, zumal die Motive zu § 72 (jetzt § 74) ergeben, daß durch Abs. 2 § 72 (jetzt § 74) beabsichtigt wurde, bei denjenigen Prozedurakten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen, den Anwaltszwang auszuschließen, wozu namentlich die Prozeßhandlungen zu rechnen sind, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, woraus sich ergebe, daß, wie an vielen Stellen der Civilprozeßordnung, so auch in § 532 Abs. 2 der Ausdruck: „Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers" nur den Gegensatz zum Anwaltsprozesse bezeichne. Sie sagen dann wörtlich: „Für die Fälle, in welchen das Gesetz diese Erklärung (zu Protokoll des Gerichtsschreibers) gestattet, ist der Anwaltszwang ausgeschlossen, und es tritt deßhalb die allgemeine Regel ein, daß Anträge der Parteien einer besonderen Form nur bedürfen, sofern dies vom Gesetz vorgeschrieben ist." Vgl. insbes. auch Vierhaus „Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Civilprozeßrechts. XVIII. Beschwerde. B. Form der Beschwerde" in Busch's Zeitschrift V 1882 S. 112. 113, der zu dieser reichsgerichtlichen Entscheidung Folgendes bemerkt: „Der Mei-

nungsstreit dreht sich wesentlich darum, ob § 532 eine lex specialis sei, auf welche § 74 Abs. 2 keine Anwendung finde. Nach der Oekonomie des Gesetzes muß indeß an der generellen Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Theils auch für die Rechtsmittelinstanz soweit festgehalten werden, als nicht aus dem Wortlaute oder Zwecke des Gesetzes sich das Gegentheil ergibt. Beides ist hier nicht der Fall." — Vgl. insbes. § 126 Nordd. Entw. Motive zu Entwurf 1 zu § 482 S. 387. — A. M. ist v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 532 S. 404, dem ich jedoch nicht beizupflichten vermag.

Indem wir also folgenden Grundsatz aufstellen: In allen Fällen, in welchen eine Beschwerdeschrift zur Einlegung der Beschwerde erforderlich ist, muß sie, da sie für ein Kollegialgericht bestimmt ist, in Folge des bei den Kollegialgerichten herrschenden Anwaltszwangs eine Anwaltsschrift sein, in den Fällen hingegen, in welchen die Einlegung der Beschwerde auch durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber zulässig ist, aber die Form eines Schriftsatzes an Stelle dieser protokollarischen Erklärung gewählt wird, muß dieser Schriftsatz keine Anwaltsschrift sein — § 532 in Verb. mit § 74 Abs. 1 u. 2 —, gehen wir zur Betrachtung der Fälle über, in welchen die Beschwerde durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch Einreichung eines Schriftsatzes, der nicht Anwaltsschrift sein muß, erhoben werden kann. Es sind dies folgende Fälle: Erhebung der Beschwerde, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war; wenn die Beschwerde das Armenrecht (§§ 117, 118) betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. Vgl. §§ 345, 346, 351, 352, 355, 373, 374, 579. — Da es bei dem ersten Falle nur darauf ankommt, daß der Prozeß bei dem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war, so folgt aus den Worten „oder anhängig war", daß, im Falle der Prozeß in I. Instanz bei einem Amtsgericht anhängig war, auch eine Beschwerde, die gegen eine Entscheidung des Landgerichts als Appellationsgericht oder Beschwerdegericht, wenn es sich um eine weitere Beschwerde handelt, einzulegen ist, diese Einlegung durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber oder durch Einreichung einer Schrift, die keine Anwaltsschrift zu sein braucht, erfolgen kann. Mit Recht bemerken v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 5 zu § 532 S. 623, daß

die Thatsache, daß die Sache in I. Instanz kein Anwaltsprozeß ist oder war, allein entscheidet — und sie beziehen sich hierbei vollständig zutreffend auf § 823 Abs. 3 des Nordd. Entw., welcher das Gleiche besage, nur in redaktionell geänderter Fassung, nämlich: „Ist der Rechtsstreit nicht in I. Instanz ein Anwaltsprozeß u. s. w. Vgl. auch Gaupp a. a. O. II Bem. II. B 1 zu § 532. Endemann a. a. O. II Bem. zu § 532 S. 493, 494. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 4 zu Abs. 2 § 532 S. 404, worin derselbe seine unrichtige Auffassung, als ob die Beschwerdeschrift stets von einem Anwalt unterzeichnet sein müsse — Bem. 2 zu § 532 S. 404 — zu korrigiren scheint. Unrichtig ist jedenfalls die Ansicht von Kleiner Civilproz.ordn. II Bem. zu § 532 S. 611, welcher den Satz in Abs. 2 § 532 „bei einem Amtsgericht anhängig ist oder war" für undeutlich erklärt und behauptet, es könne hier nur an Beschwerden gedacht werden, die nach Erledigung des Rechtsstreits beim Amtsgericht vorkommen können. Für den Fall, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Sachverständigen erhoben wird, gilt, wenn auch für die I. Instanz Anwaltszwang besteht, dasselbe wie für den oben besprochenen ersten Fall, insofern als die Beschwerde bei allen Instanzen durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber oder durch Einreichung eines Schriftsatzes, der nicht nothwendig eine Anwaltsschrift zu sein braucht, erhoben werden kann. Dann ist noch der Anwaltszwang überhaupt beseitigt in den Fällen, in welchen das Gerichtskostengesetz Beschwerde zuläßt — vgl. §§ 4, 6, 47 Abs. 2, 48 Ger.-Kost.-Ges. —, ferner in den Fällen, in welchen die Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher Beschwerde gestattet — § 22 d. Geb.-Ordn. f. Ger.-Vollz. Endlich besteht kein Anwaltszwang in den Beschwerdefällen, die nach der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige zulässig sind — vgl. § 17 Geb.-Ordn. f. Z. u. S.

Es wirft sich dann noch die Frage auf: Welcher Anwalt hat, wenn die Beschwerdeschrift eine Anwaltsschrift nach Abs. 2 § 532 sein muß, die Beschwerdeschrift einzureichen? Mit andern Worten: Da in dem Regelfalle die Beschwerdeschrift durch einen Anwalt einzureichen ist, weil dieselbe für das Beschwerdegericht bestimmt ist, bei welchem nach Abs. 1 § 74 Anwaltszwang herrscht, da es ein Kollegialgericht ist, so fragt es sich, muß die Beschwerdeschrift durch einen bei dem Be-

schwerdegericht zugelassenen Anwalt eingereicht werden oder kann dieselbe auch durch einen bei dem Kollegialgericht (von dem Amtsgericht kann hier keine Rede sein, da es nur bei der Ausnahme von der Regel in Betracht kommt) zugelassenen Anwalt, der nicht zugleich auch bei dem Beschwerdegericht zugelassen ist, eingereicht werden? Es fehlt hierüber an einer Bestimmung uud herrscht Divergenz der Ansichten. Mit Recht bemerken v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 6 zu § 532 S. 624 unter Hinweisung auf ihre Vorträge S. 128, 129, daß man vom theoretischen Standpunkte aus zu dem Resultate gelangen müsse, daß wegen des Devolutiveffekts der Beschwerde nur ein bei dem Beschwerdegericht zugelassener Anwalt kompetent sein könne, selbst wenn die Beschwerde bei dem Vorderrichter eingereicht werde, weil ja auch in diesem Falle die Entscheidung des höheren Richters angerufen werde, daß aber für die praktische Anwendung eine solche Einrichtung allerdings sehr schwerfällig sei. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 zu § 532 sind auch der Ansicht, daß die Beschwerdeschrift, weil sie für das Beschwerdegericht, also für ein Kollegialgericht, bestimmt und demgemäß Anwaltsschrift nach § 74 Abs. 1 sei, durch einen bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt unterzeichnet sein müsse, demgemäß auch im Falle das Reichsgericht Beschwerdegericht sei, von einem beim Reichsgericht zugelassenen Anwalt. Ich halte die Ansicht der genannten Autoren vom theoretischen Standpunkt aus betrachtet für die allein richtige und mit den Bestimmungen des in der Anwaltsordnung aufgestellten Lokalisationsprinzips allein übereinstimmend.

Vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, dürfte jedoch die Ansicht in den einzelnen Anwendungsfällen zu vielen Inkonvenienzen führen, was schon v. Wilmowski u. Levy a. a. O. hervorheben. Die Motive zu §§ 532—534 (Entw. §§ 508—510) S. 330 führen aus, daß die Beschwerdeschrift — im Falle eine solche eingereicht werden muß, siehe oben unsere Ausführungen S. 249 ff. — nach der allgemeinen Regel des § 72 (jetzt § 74) eine Anwaltsschrift sei, und beziehen sich hierbei auf die Nordd. Prot. S. 1560. Diese besagen: „in der Regel solle die Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt — jedoch selbst für den Fall einer Lokalisirung der Rechtsanwaltschaft ohne Unterschied, ob der Anwalt nur beim Gericht erster Instanz oder bei dem Beschwerdegerichte zugelassen sei —

erforderlich sein." Auf Grund dieser Ausführung der Nordd. Prot. S. 1560 scheint Gaupp a. a. O. II Bem. II. A. S. 591. 592 dieser in den besagten Protokollen gegebenen Ansicht beizustimmen, wenn auch vom theoretischen Standpunkte aus mit Widerstreben. Auch Meyer Anleitung zur Prozeßpraxis § 33 S. 99 Note 8 u. § 71 S. 205 u. 206 geht von der Ansicht aus, daß die Beschwerde von einem beim Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt in der Regel einzulegen sei — und zwar, wie er bemerkt, in Uebereinstimmung mit der Anschauung der Motive — S. 99 Note 8 —, gibt jedoch zu, daß dies zu einem unerfreulichen Resultate führe, da z. B. der Kläger, der sich beim Oberlandesgericht darüber beschweren will, daß das Landgericht ihm 15 Mark bei der Kostenfestsetzung gestrichen habe, einen beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt annehmen müsse. Er kommt dann — S. 206, 207 —, im Hinblick auf das unerfreuliche Resultat seiner oben mitgetheilten Ansicht, zu einer vermittelnden Ansicht, die er zur Anwendung in der Praxis empfiehlt. Er argumentirt so: Nach § 74 Abs. 1 richte sich die Frage, welcher Anwalt die Beschwerde einzulegen hat, nach demjenigen Gericht, an welches der Beschwerdeführer sich wendet. Wird demgemäß, fährt Meyer a. a. O. fort, in Gemäßheit der Regelvorschrift des Abs. 1 § 532 gegen eine Entscheidung des Landgerichts bei dem Landgericht die Beschwerde eingelegt, so muß dies ein beim Landgericht zugelassener Anwalt thun. Hilft das Landgericht selbst nach § 534 der Beschwerde ab (was nach § 540 bei der sofortigen Beschwerde unstatthaft ist), so wird das Beschwerdegericht nicht thätig, das Landgericht erläßt an den Landgerichtsanwalt die abhelfende Verfügung. Wird jedoch durch das Landgericht der Beschwerde nicht abgeholfen, so kann das Beschwerdegericht in Gemäßheit des § 536 ohne mündliche Verhandlung entscheiden, und wenn es dann nicht vom § 538 (Uebertragung der Anordnung an den judex a quo) Gebrauch macht — in welchem Fall von diesem, wie oben angegeben, verfahren wird —, so erläßt es die Verfügung an den Landgerichtsanwalt. Diese letztere Argumentation Meyers halte ich für sehr bedenklich, sie ist geradezu unrichtig, weil das Oberlandesgericht absolut nach dem Gesetze mit dem Landgerichtsanwalt nichts zu thun haben kann; — Meyer bemerkt, es sei dies zwar eine Ausnahme von der Regel, daß das Oberlandesgericht nur mit Oberlandesgerichtsanwälten in direkte Beziehungen tritt, unterliege aber doch

nicht Bedenken!! — Das gibt Meyer a. a. O. dann freilich zu, daß, wenn das Oberlandesgericht eine mündliche Verhandlung oder eine schriftliche Erklärung anordne, der Beschwerdeführer einen Oberlandesgerichtsanwalt bestellen müsse. Im Falle die Beschwerde beim Beschwerdegericht direkt eingereicht wird, bemerkt schließlich Meyer a. a. O., was bei der sofortigen Beschwerde (§ 540) immer geschehen kann, so muß der Beschwerdeführer allerdings durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt vertreten sein.

Das Reichsgericht hat, offenbar um dem Bedürfnisse der praktischen Handhabung der Beschwerde zu Hülfe zu kommen unter Zurückdrängen etwaiger theoretischer Bedenken — denn deren liegen doch, was sich nicht bestreiten läßt, mannigfache vor — unterm 29. April 1880 einen Plenarbeschluß erlassen, worin die Ansicht Meyer's a. a. O. adoptirt worden ist. Vgl. Entscheid. des Reichsgerichts vereinigte Civilsenate v. 29. April 1880 I. 156 S. 431.

In der Entscheidung des Reichsgerichts a. a. O. ist der Grundsatz hinsichtlich der von uns aufgeworfenen Frage ausgesprochen:

> „Insoweit die Einlegung der Beschwerde durch einen Anwalt überhaupt erforderlich ist, erscheint das Rechtsmittel der Beschwerde als gesetzmäßig eingelegt, wenn die Beschwerdeschrift
>
> „„bei dem Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, durch einen bei diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt,
>
> oder
>
> bei dem Beschwerdegericht — soweit die Beschwerde hier eingelegt werden kann — durch einen bei letzterem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt““
>
> eingereicht worden ist.“

Mit anderen Worten: die Beschwerde muß von einem bei demjenigen Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht werden, bei welchem die Beschwerdeschrift eingereicht wird. Die reichsgerichtliche Entscheidung geht hauptsächlich davon aus, daß die Beschwerdeschrift von einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht werden müsse, und daß als Prozeßgericht im Sinne des § 74 C.P.O. dasjenige Gericht erscheine, bei welchem der Prozeß anhängig oder durch die vorzunehmende Handlung anhängig zu machen sei, wobei in Betracht komme, daß, wenn verschiedene Abschnitte desselben Rechtsstreits bei verschiedenen Ge-

richten zu erledigen sind, bezüglich jeder einzelnen Prozeßhandlung nur dasjenige Gericht, vor welches diese Handlung gehört, als das Prozeßgericht im Sinne des § 74 angesehen werden könne; daß daher auch, wenn man dieses Gericht als das Prozeßgericht annehme, davon ausgehend, daß das beschwerende Gericht in Gemäßheit des § 534, wonach es der Beschwerde selbst abhelfen kann, diese in eigenem Namen und vermöge seiner gesetzlich bestimmten Zuständigkeit, nicht aber in Vertretung des Beschwerdegerichts für letzteres annehme, das beschwerende Gericht bei der nur als Unterart der Beschwerde erscheinenden sofortigen Beschwerde dieselbe Stellung einnehme, obgleich der besondere aus § 534 zu entnehmende Grund nach § 540 Abs. 3 bei der sofortigen Beschwerde nicht zutrifft.

Obwohl der praktischen Ausübung des Beschwerderechts durch diesen Plenarbeschluß des Reichsgerichts ein großer Dienst geleistet ist und in Anwendung desselben den großen Inkonvenienzen, welche dadurch entstehen würden, daß man die Einlegung des Rechtsmittels in den Regelfällen nur durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt gestatten wollte, erfolgreich begegnen wird, so halte ich doch die Gründe, durch welche das Reichsgericht zu der Entscheidung gelangte, nicht für zutreffend, und geben solche zu mancherlei Bedenken Anlaß, auf welche hier eingehend sich einzulassen, zu weitab führen würde. Nicht einverstanden kann ich mich damit erklären, daß dasjenige Gericht, welches der Beschwerdeführer behufs Einlegung seiner Beschwerde anzugehen beliebt, dafür maßgebend sein soll, welches Gericht als Prozeßgericht erscheint, was insbesondere bei der sofortigen Beschwerde nicht zutrifft, da bei dieser das Beschwerdegericht unter allen Umständen als das Prozeßgericht erscheint, welches allein über die Beschwerde zu entscheiden hat, da bezüglich der sofortigen Beschwerde das dem beschwerenden Gericht in Gemäßheit des § 534 bei der einfachen Beschwerde eingeräumte Recht der Abänderung der beschwerenden Entscheidung nicht zutrifft, was in der reichsgerichtlichen Entscheidung selbst zugegeben wird, wobei dieselbe jedoch gleichwohl zu dem äußerst gezwungenen und durchaus nicht zutreffenden Schlusse gelangt, daß das Verfahren, das bei Einlegung der sofortigen Beschwerde Platz greift, in Bezug auf die von dem Reichsgericht beliebte Definition dessen, was Prozeßgericht sein soll, keine Ausnahme mache, wenn auch § 534 nach § 540 Abs. 3 nicht auf dieselbe passe. Gerade im Hinblick auf

die Bestimmung des § 534 muß man zu der der reichsgerichtlichen Entscheidung entgegengesetzten Annahme gelangen, daß das Beschwerdegericht und nur dieses das Prozeßgericht ist im Sinne und in Gemäßheit des § 74. Vgl. auch Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 4 Abs. 1 zu § 532 S. 497, 498.

Wenn bei dem Beschwerdegericht mündliche Verhandlung statthat (welche nicht nothwendig statthaben muß), so untersteht es wohl keinem Zweifel, daß nur ein bei dem Beschwerdegericht zugelassener Rechtsanwalt auftreten kann. Für die Parteien besteht in diesem Falle unter allen Umständen Anwaltszwang. Ob auch für die Zeugen und Sachverständigen in diesem Falle Anwaltszwang vorgeschrieben ist, ist beim Stillschweigen des Gesetzes nicht mit absoluter Sicherheit zu beantworten. Diese Frage dürfte jedoch zu verneinen sein, da aller Anwaltszwang offenbar nur für die Prozeßparteien gegeben ist. Der Anwaltszwang findet übrigens, wenn mündliche Verhandlung beim Beschwerdegericht statthat, für die Parteien auch dann statt, wenn das Verfahren beim Amtsgerichte schwebte und die Beschwerde daselbst zum Protokolle des Gerichtsschreibers genommen wurde. — Ehe ich zum Inhalt der Beschwerdeschrift übergehe, sei nochmals, wie bereits oben S. 249, bemerkt, daß, wenn durch eine Entscheidung sich mehrere Personen beschwert fühlen, jede einzelne selbständig Beschwerde einzulegen hat. Eine Anschließung an die Beschwerde des Gegners gibt es nicht.

Was nun den Inhalt der Beschwerdeschrift anlangt, so hat unsere Prozeßordnung hier keine besonderen Vorschriften gegeben. Die Bestimmungen und Formvorschriften über die Berufungs- und Revisionsschriften — §§ 479, 480, 515, 516 — sind nicht anwendbar. Die Beschwerdeschrift muß jedoch jedenfalls, als aus der Natur der Sache fließend, den Beschwerdegrund enthalten, zumal nicht mündlich verhandelt werden muß —, sonst kann die Beschwerde zurückgewiesen werden. Das Gericht kann jedoch auch — Analogie des § 536 — eine schriftliche Ergänzung des Schriftsatzes oder die Abgabe einer mündlichen Erklärung durch Beschluß vorschreiben. Im Falle die Beschwerde beim Beschwerdegericht eingereicht worden ist, hat dasselbe nach § 506 zu verfahren und durch Vermittelung des Gerichtsschreibers die Akten vom Untergericht erheben zu lassen. Ist die Beschwerde beim judex a quo eingereicht worden, so hat er sie mit den Akten dem judex ad quem,

dem Beschwerdegericht, vorzulegen, falls er der Beschwerde nicht selbst abhelfen will, und zwar vor Ablauf einer Woche. § 534. Mit Recht bemerkt Hellmann Civilprozeßordn. II Bem. 2.b zu §§ 532 ff. S. 472, daß, im Falle das letztere nicht geschieht, nur Anlaß zu einer landesgesetzlichen Beschwerde wegen Justizverzögerung gegeben sei. Vgl. noch zu § 532: Entw. § 508. Nordd. Entw. §§ 822, 823. Prot. S. 272. 559. 560; zu § 533: Entw. § 509. Nordd. Entw. §§ 819. 821. Prot. S. 272. 559. 560.

§ 24.

Die Thätigkeit des Gerichts, des Vorsitzenden, dessen Entscheidung durch die Beschwerde angefochten wird — §§ 534 (539), 535.

Ist die Beschwerdeschrift beim Gericht, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung ergangen ist, eingereicht worden, oder ist die Beschwerde bei demselben im zulässigen Falle zum Protokolle des Gerichtsschreibers gegeben worden — § 532 Abs. 2 —, oder ist die Beschwerde vom Beschwerdegericht, weil kein dringender Fall vorlag, zunächst an dieses Gericht (was bei der sofortigen Beschwerde nicht statthaft ist) dirigirt worden, so hat in Gemäßheit des § 534 dieses Gericht oder dessen Vorsitzender, wenn er es ist, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde als Gegenvorstellung zu behandeln, und falls die Beschwerde für begründet erachtet wird, derselben auf Grund wiederholter Erwägung der Sache und eingehender Prüfung der nova abzuhelfen. Demgemäß ist der judex a quo, wie v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 534 S. 405 richtig bemerkt, auch befugt, die neu angebotenen Beweise aufzunehmen. Hieraus kann natürlich dem Gegner unter Umständen Beschwerderecht erwachsen. Diese Thätigkeit des judex a quo, welche zur Abänderung der beschwerenden Entscheidung führen kann, findet keine Anwendung auf die sofortige Beschwerde. § 540 Abs. 3. Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende eine Abänderung der beschwerenden Entscheidung und damit eine Abhülfe der Beschwerde nicht für geboten, so hat er die Beschwerde vor Ablauf einer Woche (instruktionelle, nicht befehlende Vorschrift) dem Beschwerdegericht unter Anschluß der Akten vorzulegen, bezw. auf Anforderung des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts einzusenden. Vgl. v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 534 S. 625, welche hier auch treffend be-

merken, daß der Vorderrichter zu einer Berichterstattung selbst auf geschehene Aufforderung des Beschwerdegerichts nicht verpflichtet ist, sondern nur etwa zu einer Auskunft über bestimmte Thatsachen, welche Aufklärung erheischen, welche das Beschwerdegericht für erheblich erachtet. Vgl. Nordd. Prot. S. 1537; §§ 157 u. ff. Ger.-Verf.-Ges., insbes. v. Wilmowski u. Levy Anm. 1 hierzu S. 1105. Bei der Thätigkeit des judex a quo ist eine vorherige Anhörung des Gegners oder des Dritten nicht erforderlich, doch angemessen und unter Umständen geboten.

Vgl. auch über die Verpflichtung des beschwerenden Gerichts im Falle der Vorlegung der Beschwerde an das Beschwerdegericht zur Auskunftsertheilung u. dgl. Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 2 zu § 534 S. 498. Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 534 S. 410 (auch Anm. 1). Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 534 S. 604. Gut bemerkt Endemann Civilproz.ordn. II Bem. zu § 534 S. 495, daß, wenn die Beschwerde sofort bei dem Beschwerdegericht eingereicht worden ist, dieses dieselbe an den judex a quo dirigiren kann, mit der Auflage, der Beschwerde abzuhelfen, eventuell sie mit den nothwendigen Erläuterungen zu versehen und ihm wieder vorzulegen. Der § 539 hat sodann noch bestimmt, daß, wenn die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt wird, die Entscheidung des Prozeßgerichts, und zwar stets, nachzusuchen ist. Dies ist keine Beschwerde, sondern eine Art von gebotener Gegenvorstellung. (Für die sofortige Beschwerde ist hier Besonderes vorgeschrieben, wovon später die Rede sein wird bei eingehender Erläuterung des § 540 Abs. 4.)

Gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts ist dann die Beschwerde zulässig, welche natürlich wieder als eine Art von Gegenremonstration beim judex a quo, beim beschwerenden Gericht, einzureichen ist und erst, wenn ihr nicht abgeholfen wird, ans Beschwerdegericht geht, beziehungsweise demselben von dem judex gravans vorgelegt wird. § 534. — Von § 539 wird ausführlicher in § 25 d. B. gesprochen werden, worauf ich verweise. Vgl. auch zu § 534: Entw. § 510. Nordd. Entw. §§ 824. 825. Prot. S. 272. 569. 505. —

Die Einlegung der Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerde hat keinen Suspensiveffekt im Gegensatz zur Berufung und Revision. Ist die Beschwerde einge-

legt, so tritt hierdurch in keiner Weise eine Hemmung der weiteren Verhandlung und Entscheidung ein. Auch sind die mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidungen in der Regel sofort vollstreckbar, indem die Einlegung der Beschwerde die Vollstreckbarkeit dieser Entscheidungen nicht hemmt. Vgl. § 701 Nr. 3, wonach die Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel abgeben. Eine Ausnahme von der Regel, daß die Einlegung der Beschwerde die Vollstreckung der angefochtenen Entscheidung nicht hemmt, tritt nur dann ein, wenn die Beschwerde gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579, 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist. § 535 Abs. 1. Diese Hemmung der Vollstreckung durch Einlegung der Beschwerde tritt kraft Gesetzes ein. Die Motive bemerken S. 331 zu § 535, daß die sofortige Vollstreckbarkeit der dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen als Regel in § 511 (jetzt § 535) festgehalten sei, und daß die in § 511 Abs. 2 u. 3 (jetzt § 535 Abs. 2 u. 3) sowohl dem judex a quo als auch dem judex ad quem beigelegte Befugniß, die Vollziehung auszusetzen, das Gesetz überhebe, weitere Ausnahmen als im Abs. 1 § 511 (jetzt § 535) zu statuiren; daß diese Ausnahmen durch die Erwägung gerechtfertigt seien, daß aus der sofortigen Vollstreckung von Strafverfügungen und Zwangsmaßregeln (um solche handelt es sich bei den Ausnahmefällen des § 535 Abs. 1), welche von dem Beschwerdegericht als unbegründet aufgehoben werden können, ein irreparabler Nachtheil erwachsen könne. Diese kraft Gesetzes eintretende Hemmung der Vollstreckung hat statt bei Einlegung der Beschwerde gegen Entscheidungen, welche erlassen worden sind, gegen Zeugen wegen ungehorsamen Ausbleibens — § 345 — wegen unrechtmäßiger Weigerung der Zeugnißabgabe — § 355 —, gegen Sachverständige aus ähnlichen Gründen — § 374 —, in Ehesachen gegen eine Partei, welche, zum persönlichen Erscheinen geladen, ungehorsam ausbleibt — § 579, worin ausdrücklich auf § 345 Bezug genommen ist, endlich in Entmündigungssachen, wenn ein Beschluß über die Wiederaufhebung der Entmündigung ergangen ist — § 619 —, wogegen dem Staatsanwalt die sofortige Beschwerde zusteht.

Der Fall des § 619 ist der hier in Betracht kommende einzige Fall der sofortigen Beschwerde, alle übrigen Fälle des Abs. 1 § 535 — §§ 345. 355. 374. 579 sind Fälle der einfachen Beschwerde,

die an keine Nothfrist gebunden ist. In den Sitzungen der Justizkommission — Prot. S. 272 — wurde vom Abgeordneten Struckmann der Antrag gestellt, in den Fällen der §§ 345, 355 u. 356 die Beschwerde an eine Nothfrist zu binden und sofortige Beschwerde zu gestatten, mit der Motivirung, dies sei zweckmäßiger und könne man dann der Beschwerde die Suspensivkraft ertheilen, ohne besorgen zu müssen, daß die Strafverfügung noch nach Verlauf einer langen Zeit angefochten werde — jedoch wieder zurückgezogen, bezw. nicht aufrecht erhalten, nachdem Direktor von Amsberg ein Bedürfniß zu dieser Aenderung nicht für nothwendig erklärt hatte, da durch die mildere Behandlung der Zeugen und Sachverständigen die Interessen der Parteien nicht geschädigt würden. Mit Recht bemerkt Endemann Civilproz.ordn. II Bem. I a. E. zu § 535 S. 496, daß der Suspensiveffekt in den betreffenden Fällen des Abs. 1 § 535 so absolut sei, daß dem Gericht nicht die Befugniß ertheilt werde, unter Umständen denselben durch Anordung sofortiger Vollziehung zu brechen. Dies wäre sicherlich gegen den Geist des Gesetzes, wenn dem Richter eine solche Befugniß eingeräumt wäre. Vgl. auch v. Sarwey Civilproz.ordn. I Bem. 2 zu § 535 S. 716 und Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 2 zu § 535 S. 499. Mit Recht heben v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 1 zu § 535 S. 625 in Verb. mit Anm. 3 zu § 352 S. 447 (u. § 355) noch hervor, daß die Beschwerde auch im Falle des § 352 Suspensivkraft habe, da, wenn nach § 352 über die Rechtsmäßigkeit der Zeugnißverweigerung ein Zwischenurtheil ergeht, auf Grund desselben gemäß § 355 erst nach seiner Rechtskraft gegen den Zeugen weiter verfahren werden könne, woraus folge, daß die Beschwerde auf Grund des § 352, obgleich dies im § 535 nicht gesagt sei, dem Zeugen gegenüber aufschiebende Wirkung habe. — Wenn auch in Folge der eingelegten Beschwerde in Gemäßheit des Abs. 1 § 535 die Vollstreckung der angefochtenen Entscheidung gehemmt wird, so ist der Gerichtsvollzieher gleichwohl nicht berechtigt, wenn ihm auch der Nachweis der eingelegten Beschwerde geliefert wird, die Zwangsvollstreckung einzustellen, sondern bedarf er hierzu in Gemäßheit des § 691 einer dies aussprechenden Gerichtsentscheidung, woraus v. Wilmowski u. Levy a. a. O. den richtigen Schluß ziehen, daß das Gericht bei allen in Abs. 1 § 535 erwähnten Fällen nach Einkunft der Beschwerdeschrift entsprechende Verfügung ergehen lassen

muß. Gut bemerkt v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 Abs. 2 zu § 535 S. 405, daß der ausnahmsweise in § 535 Abs. 1 statuirte Suspensiveffekt der Beschwerde thatsächlich nur eintrete, wenn die Beschwerde vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung eingelegt sei, da nach diesem Zeitpunkt der Exequendus, indem er weder aus § 685 noch aus §§ 686 u. 687, noch aus § 691 einen Anspruch auf Einstellung der Zwangsvollstreckung herleiten könne, eine Sistirung derselben lediglich auf Grund des Abs. 2 oder 3 § 535 erwirken könne.

Die Bestimmung des § 535 Abs. 1 greift Platz sowohl gegenüber dem Gericht, welches die beschwerende Verfügung erlassen hat als auch gegenüber dem Beschwerdegericht und gilt auch für die weitere Beschwerde. A. M. ist Brettner a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 253. Derselbe behauptet, die weitere Beschwerde habe niemals an sich aufschiebende Wirkung, weil die im Abs. 1 § 535 vorgesehenen Ausnahmefälle bei ihr nicht eintreten könnten —, was nicht richtig ist, zumal wenn man mit uns die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen Entscheidungen annimmt, durch welche die Beschwerde in Gemäßheit des § 537 als „unzulässig" verworfen worden ist — siehe § 22 d. B. S. 239 — vgl. Struckmann u. Koch a. a. O. Bem. 3 zu § 535 S. 499; Petersen Civilproz.ordn. (1. Aufl.) II Bem. zu § 535 S. 410. Uebereinstimmend Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I Abs. 3 zu § 535 S. 595.

In diesen Ausnahmefällen (§ 535 Abs. 1) hat, wie bereits oben bemerkt, weder das Gericht, welches die beschwerende Entscheidung erlassen hat noch auch das Beschwerdegericht das Recht, die sofortige Vollziehung oder vorläufige Vollstreckbarkeit anzuordnen, was insbesondere arg. Abs. 2 § 535 folgen dürfte, wonach in allen anderen Fällen das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten ist, die Befugniß hat, anzuordnen, daß der Vollzug der Entscheidung bis zur Erledigung der Beschwerde auszusetzen sei. Die gleiche Befugniß steht im gegebenen Falle auch dem Beschwerdegericht zu, welches eine einstweilige Anordnung vor der Entscheidung erlassen kann dahin gehend, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei. Vgl. § 535 Abs. 1 u. 2. Ein ausdrücklicher Antrag hierauf ist nicht erforderlich, die Verfügung kann auch von Amtswegen erlassen werden. Darin dürfte v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 535 S. 625

beizustimmen sein, wenn sie bemerken: „Diese Anordnung ist in den Regelfällen fakultativ, in den Ausnahmefällen des Abs. 1 § 535 hingegen obligatorisch.“ Demgemäß hat das Beschwerdegericht in den Ausnahmefällen des Abs. 1 § 535 die Aussetzung der Vollziehung anzuordnen, wenn dies vom judex gravans noch nicht geschehen ist. Die Anordnung ist, wenn sie nicht bei der Verhandlung erlassen wird, in Gemäßheit des § 294 Abs. 3 von Amtswegen zuzustellen.

Das Beschwerdegericht kann aber auch in Gemäßheit des Abs. 3 § 535 bei allen Beschwerdefällen noch anderweitige einstweilige Anordnungen erlassen, welche mit der Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung nichts zu thun haben, so kann es z. B. eine Aussetzung des Prozeßverfahrens in der Hauptsache anordnen. Hier steht unter Umständen dem Gegner weitere Beschwerde zu. §§ 229. 530. 540. Was die prozessualische Natur der einstweiligen Anordnung des Abs. 3 § 535 anbelangt, so stimme ich hier Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 535 S. 605 zu, der sie verwandt, aber nicht identisch mit der einstweiligen Verfügung der §§ 814 ff. erklärt. Damit stimmen v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 3 zu § 535 S. 625 überein, indem sie ausführen, daß diese einstweilige Anordnung deßhalb nicht zu den Fällen der §§ 814 ff. zu rechnen sei, weil gegen und über die einstweiligen Verfügungen im Sinne dieser Paragraphen nach § 815 ein den Vorschriften über Arreste entsprechendes Verfahren, z. B. Widerspruch und Ladung zur Verhandlung darüber (§ 804), zulässig sei, was nach der Natur der Sache auf die einstweiligen Anordnungen des Abs. 3 § 535 nicht passe. Dies halte ich für vollständig zutreffend; gegen solche Anordnungen ist höchstens wieder Beschwerde gegeben.

In dem § 183 Ger.-Verf.-Ges. ist noch ein weiterer Fall enthalten, in welchem die Beschwerde Suspensiveffekt hat. Doch finden auf diese Beschwerde, sowenig wie auf die in Gemäßheit des § 160 Ger.-Verf.-Ges. gegebene Beschwerde, die Vorschriften der §§ 530 ff. nicht Anwendung. Vgl. Mot. zum Ger.-Verf.-Ges. S. 192. 193. — Vgl. zu § 535: Entw. § 511. Nordd. Entw. §§ 826. 827. Prot. S. 272. 559. 560.

§ 25.

Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht — §§ 536 bis einschl. § 539.

Ist die Beschwerde von dem Beschwerdegericht zu erledigen, so kann die Entscheidung desselben entweder ohne vorgängige mündliche Verhandlung oder nach gepflogener mündlicher Verhandlung erfolgen, § 536 Abs. 1. Das Beschwerdegericht kann, um den Gegner oder die Betheiligten zu hören oder überhaupt weitere Aufklärungen in der Sache zu erhalten, eine schriftliche Erklärung dieser Personen anordnen, welche in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf — § 532 —, auch beim Beschwerdegericht zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden kann. § 536 Abs. 2. Mit Recht bemerken v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 536 S. 626, daß es sich nur selten empfehlen dürfte, auch ohne Anhörung des Gegners, was ja nach dem Obigen möglich ist, über die Beschwerde zu entscheiden; dies könne jedoch ohne Bedenken geschehen im Falle der Beschwerde wegen Zurückweisung des Antrags auf Erlassung eines Versäumnißurtheils — §§ 300, 301 — oder des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren, § 829. Vgl. auch Motive zu § 512 (jetzt § 536) S. 331. — Der § 536 bezieht sich übrigens nur auf das Beschwerdegericht, weil der judex a quo, wenn er in Gemäßheit des § 534 der Beschwerde abhelfen will, keine mündliche Verhandlung pflegen darf. Vgl. auch Struckmann u. Koch Civilproz.ordn. (3. Aufl.) Bem. 1 zu § 536 S. 499, 500. Endemann Civilproz.ordn. II Bem. II zu § 536 S. 498. Wenn das Beschwerdegericht auch keine eigentliche mündliche Verhandlung über die Beschwerde anordnet, so glaube ich doch, daß es neben der Anordnung einer schriftlichen Erklärung der Betheiligten auf die Beschwerde, auch eine mündliche Erklärung dieser Personen verlangen kann, da ich nicht einzusehen vermag, was dem entgegenstände. Vgl. auch Struckmann u. Koch a. a. O. Bem. 1 Abs. 2 zu § 536 S. 500. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. zu § 536 S. 406. Fitting Reichscivilprozeß (5. Aufl.) § 74 IV Note 17 S. 295. v. Sarwey Civilproz.ordn. I Bem. 1 zu § 536 S. 717, welcher dies auch, wie mir scheint, mit Recht für das Verfahren vor dem judex gravans anzunehmen scheint, es wäre denn, daß er der Ansicht ist, vor dem

judex gravans könne förmliche mündliche Verhandlung statthaben, was ich als durch das Gesetz — § 534 — für nicht zulässig erachte. Gaupp Civilproz.ordn. II Bem. I zu § 536 S. 595. A. M. ist Hellmann Civilproz.ordn. (neue Ausg. 1881) II Bem. 1 zu § 536 S. 472, welcher eine mündliche Vernehmung der Betheiligten, des Gegners, nicht zulässig erachtet, es sei denn, daß förmliche mündliche Verhandlung gepflogen wird, was wohl nicht richtig ist, da es sich bei einer einseitigen Vernehmung der Betheiligten, des Gegners, ja nicht um eine förmliche mündliche Verhandlung im Sinne des Gesetzes handelt. Wird förmliche mündliche Verhandlung angeordnet, so findet jedenfalls unter allen Umständen für die Parteien Anwaltszwang statt, was auch der Fall sein dürfte in den Fällen des Abs. 2 § 532, bei denen die Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt werden kann, soweit den Parteien diese Befugniß zusteht. Für Zeugen und Sachverständige dürfte jedoch, falls über eine von diesen eingelegte Beschwerde beim Beschwerdegericht mündlich verhandelt wird, der Anwaltszwang nicht statthaben. A. M. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2.d zu § 536 S. 626. Daß dies auch für die schriftlichen Erklärungen gilt, mit Ausnahme derjenigen, von welchen in Abs. 2 § 536 die Rede ist, versteht sich von selbst, jedoch dürfte hieraus gerade folgen, daß die Zeugen und Sachverständigen auch in der mündlichen Verhandlung keines Anwalts bedürfen. Der Anwalt, der in der mündlichen Verhandlung auftritt, muß natürlich ein bei dem Beschwerdegericht zugelassener Rechtsanwalt sein.

Wenn man für das Verfahren vor dem Berufungsgericht keine bestimmte Normen, die sich aus der Civilprozeßordnung selbst ergeben, annimmt, so geräth man in ein förmliches Labyrinth von Zweifeln, aus dem an der Hand von bloßen Muthmaßungen, was im einzelnen Falle Rechtens ist, man sich kaum herauswinden kann. Den besten Beweis hierfür liefert Endemann a. a. O. Bem. II zu § 536 S. 498, welcher bezüglich des einzuhaltenden Verfahrens vor dem Beschwerdegericht eine Menge Fragen aufwirft, die er selbst nicht zu beantworten wagt, sondern hinsichtlich deren er schließlich nur bemerkt: „Dies Alles mag nur angedeutet werden, um zu zeigen, wie viele Gründe die mündliche Verhandlung entschieden widerrathen." Ich huldige nun der Ansicht, daß es dem Geiste unserer Prozeßordnung jedenfalls mehr entspricht, die Entscheidung des Beschwerde-

gerichts über die Beschwerde von einer vorgängigen mündlichen Verhandlung abhängig zu machen, als sich hierbei mit lediglich schriftlichen Erklärungen oder auch mit einseitiger mündlicher Einvernahme zu begnügen. Ich gelange daher zu dem Schlusse, daß bei der zu pflegenden mündlichen Verhandlung, wie bei dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht überhaupt, feste Verfahrensnormen, wie sie unsere Prozeßordnung gibt, einzuhalten sind, und trage nach eingehender Prüfung keine Bedenken, in dieser Beziehung den Ansichten v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 2 zu § 536 S. 627 und v. Bülow a. a. O. Bem. 2 zu § 536 S. 406 beizupflichten, und stelle in Uebereinstimmung mit diesen trefflichen Kommentatoren unseres Gesetzbuchs folgende Sätze auf:

Für das mündliche Verfahren in der Beschwerdeinstanz finden nur die in Buch I der Cilprozeßordnung in den §§ 119—151 enthaltenen allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung und die besonderen Vorschriften in Buch III über das Verfahren vor dem Beschwerdegericht — §§ 536—540 — Anwendung. Hingegen die besonderen Vorschriften über das Erstinstanzverfahren, welche enthalten sind in Buch II der Civilprozeßordnung in den §§ 230—271, und welche für die Berufungs- und Revisionsinstanz durch die §§ 485 und 520, soweit dies möglich ist und sich nicht selbst aus der Natur dieser Rechtsmittel Abweichungen ergeben, für anwendbar erklärt sind, finden in Ermangelung einer Vorschrift, die deren Anwendbarkeit auch für die Beschwerdeinstanz bestimmt, keine Anwendung für das Verfahren, insbesondere für die mündliche Verhandlung vor dem Beschwerdegericht.

Im Hinblick auf diese Sätze, welche uns in Folgendem die Richtschnur geben mögen, gehen wir zur Erörterung einzelner hier einschlagender Fragen über.

Das Beschwerdegericht ordnet mündliche Verhandlung über die Beschwerde an mit Terminsbestimmung, und wird dieser Beschluß dem Beschwerdeführer von Amtswegen zugestellt, § 294. Der Beschwerdeführer ladet sodann in Gemäßheit des § 191 die Gegenpartei. Ich spreche hier stets von Partei und Gegenpartei, um die Sache zu verdeutlichen; es versteht sich von selbst, daß, wenn Anwaltszwang herrscht, diesem entsprechend zuzustellen und zu laden ist. — Die Behauptung Endemann's a. a. O. S. 498, daß da, wo es an einem Gegner des Beschwerdeführers fehlt, z. B. da, wo

ein Zeuge gegen das Gericht Beschwerde führt, sich von einer mündlichen Verhandlung kein rechter Begriff machen lasse, ist müßig, da in einem solchen Falle eben keine mündliche Verhandlung im Sinne der Prozeßordnung stattfindet. Nicht richtig ist es, wenn Seuffert Civilprozeßordn. Bem. 1 Abs. 3 behauptet, daß, wenn das Beschwerdegericht mündliche Verhandlung anordnet, es nach seinem Ermessen den Beschwerdeführer oder dessen Gegner oder beide und zwar von Amtswegen zu laden habe; denn, wenn dies richtig wäre, so würde dies dem Begriff „mündliche Verhandlung„ geradezu widersprechen, zu dessen Wesenheit gehört: „audiatur et altera pars.“ Gaupp a. a. O. II Bem. I. 3 zu § 536 S. 597 behauptet, daß der Beschluß mit der Terminsbestimmung beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen sei, was ich nach dem Ausgeführten nicht für richtig erachte.

Bezüglich der Vertretung durch Anwälte in der mündlichen Verhandlung siehe oben S. 266. Von Wichtigkeit ist und wohl zu beachten, daß es, wenn in der angeordneten mündlichen Verhandlung der eine oder andere Theil nicht erscheint, kein eigentliches Versäumnißverfahren mit dem Rechtsbehelfe des Einspruchs gibt, §§ 295 ff., 312. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, welche auf vorgängige mündliche Verhandlung erfolgt, ist nicht als Urtheil im Sinne der Civilprozeßordnung anzusehen — dies ergibt sich aus § 531 Abs. 2 und aus dem Begriff der Beschwerde überhaupt, da mit diesem Rechtsmittel keine Urtheile angefochten werden können; Entscheidungsgründe sind daher nicht wesentlich, wenngleich es doch in der Natur der Sache liegt, daß, insbesondere, wenn eine Aenderung der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung statthat, die Entscheidung mit Gründen versehen sein soll. Das Gesetz verlangt Entscheidungsgründe lediglich für Urtheile, § 284 Nr. 4. Ein Rechtsnachtheil ist im Gesetze nicht angedroht, wenn eine verlangte schriftliche Erklärung nicht abgegeben wird, namentlich nicht eine Annahme des Zugeständnisses von thatsächlichen Behauptungen. Der Ungehorsam kann in einem solchen Falle jedoch immerhin von Bedeutung sein, die Beurtheilung unterliegt stets dem freien Ermessen des Beschwerdegerichts, welches in solchen Fällen nach Lage der Sache entscheidet. Richtig bemerkt auch v. Bülow a. a. O., es unterliege dem richterlichen Ermessen, ob die nova, auf welche eine Erklärung nicht erfolgt, ohne Beweisaufnahme glaubwürdig erschei-

nen. Nicht beistimmen kann ich übrigens v. Bülow a. a. O., welcher behauptet, der im § 251 Abs. 1 und § 256 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz, auf welchen allein die Zulässigkeit der nova zurückgeführt werden könne, finde im Beschwerdeverfahren keinen Platz. Ich halte es in dieser Hinsicht mit v. Wilmowski u. Levy a. a. O., welche ausführen, daß im Beschwerdeverfahren bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung nova, da die Zulässigkeit derselben ja durch deren Zweck, das Rechtsverhältniß aufzuklären, sich ergebe, vorgebracht werden können, zumal eine Präklusion solcher Thatsachen, welche nicht in der Beschwerdeschrift angeführt sind, nirgends vorgeschrieben sei und auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen folge, auch eine Versäumung nicht darin zu finden sei, wenn sie in der Beschwerdeschrift nicht vorgetragen, sondern erst im Laufe der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden. Wollte man sie, im Falle sie in der Beschwerdeschrift nicht vorgetragen sind, sondern erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen werden, ausschließen, so würde man gegen die der mündlichen Verhandlung zu Grunde liegenden Prinzipien verstoßen. Vgl. auch Gaupp a. a. O. II S. 597. Richtig heben v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 626 hervor, daß eine förmliche Beweisaufnahme nach §§ 320 ff. nicht zulässig ist, wohl aber Ermittelungen in Gemäßheit der §§ 132—135, daß ferner eine Glaubhaftmachung nur in den im I. Buch der Civilprozeßordnung in den §§ 44, 99, 214 vorgesehenen Fällen zugelassen werden kann. Wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erfolgt, so ist sie von Amtswegen den Betheiligten zuzustellen. § 294 Abs. 3. Ging der Entscheidung mündliche Verhandlung voraus, so ist dieselbe zu verkünden. § 294 Abs. 1, § 146 Nr. 6. Dies gilt sowohl bei Verwerfung, Zurückweisung der Beschwerde als unbegründet, als unzulässig, wie auch für den Fall, daß das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet erachtet und demgemäß das beschwerende Erkenntniß aufhebt und dem judex a quo die erforderliche Anordnung überträgt. Selbstverständlich ist, daß sich das Beschwerdegericht auf die an es gestellten Anträge beschränken muß und nicht ultra petitum gehen kann, daß es namentlich nicht, wenn eine einseitige Beschwerde vorliegt, eine in pejus des Beschwerdeführers reformirende Sentenz erlassen darf.

Das Beschwerdegericht hat vor Allem, ehe es weiter auf die ma-

terielle Seite der Beschwerde eingeht, wie dies auch beim Berufungs- und Revisionsverfahren vorgeschrieben ist, von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft — § 530 —, und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt, d. h. formell zulässig sei. Vgl. § 537, ferner §§ 497. 306. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Bei der sofortigen Beschwerde ist insbesondere zu prüfen, ob die zweiwöchentliche Nothfrist eingehalten ist. § 540. Wie ich bereits oben ausgeführt habe, ist, im Falle die Beschwerde als unzulässig verworfen wird, gegebenen Falls neue weitere Beschwerde — § 531 Abs. 2 — statthaft, da der neue selbständige Beschwerdegrund darin liegt, daß in der Sache selbst keine Entscheidung ergangen ist. Siehe S. 239 ff. Wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde für zulässig erachtet, so hat es Entscheidung in der Sache selbst zu treffen, zu prüfen, ob die Beschwerde materiell begründet ist. Die Beschwerde wird dann entweder für begründet erklärt oder als unbegründet zurückgewiesen. Wird die Beschwerde für begründet erachtet und die Entscheidung des Unterrichters demgemäß abgeändert, so hat das Beschwerdegericht in der Regel weitere Anordnung zu treffen. Diese Anordnung kann es selbst treffen — Motive S. 331, es kann aber auch der judex a quo, der dann an die Entscheidung des Beschwerdegerichts gebunden ist, von diesem die erforderliche Anordnung übertragen erhalten. § 538. Dies letztere wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um das Vollstreckungsverfahren handelt. Wie ich schon früher hervorgehoben habe, ist, wenn die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt wird, die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen. § 539 Abs. 1. Hierzu bemerken die Motive zu § 514 (jetzt § 539) S. 332 erläuternd:

„Der beauftragte oder ersuchte Richter hat nur übertragene Rechte des Gerichts auszuüben; er ist daher neben den allgemeinen Regeln des Verfahrens an den Auftrag des Gerichts gebunden (§§ 316. 317. 321, jetzt §§ 326. 327. 330).

Nur ausnahmsweise ist er ermächtigt — §§ 200. 320. 352, jetzt §§ 207. 330. 365 — zur Beschleunigung des Prozeßgangs selbständig Entscheidungen zu treffen, welche übrigens unter Umständen der Berichtigung durch das Prozeßgericht unterliegen — §§ 350 Abs. 2, 363 Abs. 2, jetzt §§ 363 Abs. 2, 376 Abs. 2 —."

Diesem in den Motiven angegebenen prinzipiellen Gesichtspunkte entsprechend, ist die Bestimmung des § 539 Abs. 1 gegeben, sowie die des Abs. 2 § 539 wonach erst gegen die Verfügungen des Prozeßgerichts, wenn es nicht die Aenderung der Entscheidung ausspricht, die Beschwerde an das höhere Gericht statthat. Ueber die Entscheidungen, die der ersuchte oder beauftragte Richter erlassen kann, sind zu vergleichen die §§ 207. 330. 363. 365. Entscheidungen des Gerichtsschreibers kommen in Betracht auf Grund der §§ 271. 646. 662. 663. 669. 705. Die in Abs. 1 § 539 vorgeschriebene Nachsuchung der Abänderung der gravirenden Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers erfolgt, abgesehen von den durch die sofortige Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen — Abs. 4 § 540 — nicht nach den Vorschriften des § 532 Abs. 2, welche für die Beschwerdeeinlegung vorgeschrieben sind. Es ist diese Nachsuchung der Abänderung der Entscheidung des beauftragten Richters u. s. w. noch keine Beschwerde im Sinne des Gesetzes. Dieses Ersuchen kann daher in der mündlichen Verhandlung vorgebracht und zum Sitzungsprotokolle genommen werden, abgesehen davon, daß es gerade so in der Form gestellt werden kann, wie man sonst — § 532 Abs. 2 — die Beschwerde einreicht. Wenn dieses Ersuchen durch schriftliche Eingaben beim Kollegialgericht gestellt wird, so findet stets Anwaltszwang statt, wie überhaupt auch bei mündlicher Antragstellung, wenn Parteienprozeß vorliegt, beim Kollegialgericht Anwaltszwang herrscht. § 74. Wenn auch dieses Ersuchen um Abänderung keine Beschwerde ist, so kann gleichwohl das Prozeßgericht die vom beauftragten oder ersuchten Richter oder Gerichtsschreiber erlassenen Entscheidungen nur dann abändern, wenn gegen dieselben nach § 530 die Beschwerde zulässig wäre. Dies ergibt sich aus der richtigen Interpretation des § 539 und fließt aus der Natur der Sache.

Da in Abs. 2 § 539 eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts gegeben ist, so muß es sich doch um eine gesetzlich nach § 530 zulässige Beschwerde handeln. Der § 539 Abs. 1 will doch offenbar nur besagen: wenn durch eine Entscheidung des beauftragten Richters u. s. w. Grund zur prozeßordnungsmäßig zulässigen Beschwerde gegeben ist, so ist erst das Prozeßgericht durch eine Art von Gegenvorstellung um Abänderung dieser beschwerenden Entscheidung anzugehen; gibt es diesem Antrage nicht statt, so ist

Beschwerde, förmliche Beschwerde an das höhere Gericht zulässig. Für diese Ansicht spricht sich auch Abs. 4 § 540 bei richtiger Interpretation desselben und § 830 des norddeutschen Entwurfs aus. Auch Puchelt Civilprozeßordn. II Bem. zu § 539 S. 388 theilt diese Auffassung. A. M. ist Petersen Civilprozeßordn. (1. Aufl.) II Bem. 1 zu § 539 S. 415. Die Bestimmung des § 539 Abs. 1 gilt auch für das Reichsgericht, dessen Entscheidung, wenn sie vom Gericht selbst ausgeht, jedoch selbstverständlich nicht mehr mit der Beschwerde angefochten werden kann, weil es keine höhere Instanz gibt. Vgl. zu diesem Paragraphen auch noch, und zwar: 1) zu § 536: Entw. § 512. Nordd. Entw. § 528. Prot. S. 273. 559. 560; 2) zu § 537: Entw. § 513. Nordd. Entw. § 831. Prot. S. 273. 559. 560; 3) zu § 358: Entw. § 514. Nordd. Entw. § 829. Prot. S. 273. 559. 560; 4) zu § 539: Entw. § 515. Nordd. Entw. § 830. Prot. S. 273. 559. 560.

§ 26.

Die sofortige Beschwerde insbesondere — § 540.

In welchen Fällen die sofortige Beschwerde statthat, habe ich schon oben — § 21 S. 204 ff. — angegeben, wo ich ausführlich von der Zulässigkeit der Beschwerde überhaupt gesprochen habe. Die sofortige Beschwerde ist nur zulässig in den vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen, in welchen ausdrücklich bemerkt ist: „findet sofortige Beschwerde statt." Dies sind solche Fälle, in welchen die anzugreifenden Entscheidungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken und als solche der Rechtskraft fähig sind. Der baldige Eintritt dieser Rechtskraft ist für den ungestörten Fortgang des Verfahrens und für das entgegenstehende Interesse der Betheiligten nothwendig, weßhalb die Einlegung der sofortigen Beschwerde vom Gesetze an eine Nothfrist gebunden ist. Vgl. Motive zu § 516 (jetzt § 540) S. 333. Die sofortige Beschwerde hat statt in den Fällen der §§ 46, 49, 68, 97, 99, 126, 229, 290, 301, 352, 367, 371, 604, 619, 621, 639, 701, 813 Abs. 4, 815, 829 der Civilprozeßordnung und § 66 der Konkursordnung. Das Nähere über die einzelnen Fälle ist enthalten in § 21 d. B. S. 204 ff. — Wie bereits in § 22 S. 234 ff. ausgeführt wurde, ist auch die weitere Beschwerde eine einfache oder sofortige und ist es ganz einerlei, ob die Entscheidung des ersten Gerichts mit der sofortigen oder nur mit der

einfachen Beschwerde angefochten werden kann; die Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts — die weitere Beschwerde — ist unter Umständen eine sofortige, wenn auch die Beschwerde gegen das erste Gericht nur eine einfache war und umgekehrt. Treffend drückt dies v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 6 zu § 531 S. 403 dahin aus, daß die weitere Beschwerde die Natur einer einfachen oder einer sofortigen Beschwerde in denselben Fällen habe, in welchen die Beschwerde gegen eine erstinstanzliche Entscheidung gleichen Inhalts dieselbe Natur haben würde, und kann ich der Ansicht v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 1 zu § 540 S. 629 nicht beipflichten, wonach die neue Anordnung des Beschwerdegerichts nur dann mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann, wenn sie mit der sofortigen Beschwerde anzufechten wäre, sofern sie schon von dem Vorderrichter erlassen wäre, da diese Kommentatoren im Hinblick auf Anm. 2 zu § 531 S. 622 dies so zu verstehen scheinen, als ob, wenn gegen die Entscheidung des Vorderrichters nur die sofortige Beschwerde zulässig war, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts keine einfache (weitere) Beschwerde zulässig wäre, wenn kein Fall der sofortigen Beschwerde in dieser Entscheidung liegt, mithin eine solche Entscheidung des Beschwerdegerichts überhaupt unanfechtbar wäre. Die Natur der eingelegten Vorbeschwerde ist durchaus nicht maßgebend für die weitere Beschwerde, welche je nachdem eine einfache oder sofortige sein kann. — Vgl. Brettner a. a. O. in Busch's Zeitschrift I S. 253.

Auf die sofortige Beschwerde finden alle im Gesetze für die Beschwerde überhaupt gegebenen Bestimmungen Anwendung, soweit nicht in § 540, der ex professo von der sofortigen Beschwerde handelt, Abweichungen für die sofortige Beschwerde aufgestellt sind. § 540 Abs. 1. Die Abweichungen der sofortigen Beschwerde von der einfachen, wie sie in § 540 hervorgehoben sind, sind folgende:

Die Einlegung der sofortigen Beschwerde muß innerhalb einer Nothfrist von zwei Wochen erfolgen. § 540 Abs. 2 in Verb. mit §§ 200. 201. 202 Abs. 1. 211 ff. 228. Diese Nothfrist beginnt in der Regel mit der Zustellung der beschwerenden Entscheidung, wie dies auch bei den übrigen Rechtsmittelfristen der Fall ist. §§ 477. 514. Die Zustellung hat durch die Parteien zu erfolgen und läuft die Nothfrist auch gegen die Partei, welche hat zustellen lassen. § 198. Nur ausnahmsweise beginnt die Nothfrist mit

der Verkündung der beschwerenden Entscheidung, und zwar lediglich in den Fällen der §§ 301 (d. i. wenn der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils auf Grund eines der in § 300 vorgesehenen Fälle durch Beschluß zurückgewiesen ist) und 829 Abs. 3 (d. i. wenn der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurtheils zurückgewiesen wird, sowie wenn dem Ausschlußurtheile Beschränkungen und Vorbehalte beigefügt sind). § 540 Abs. 2. Die Motive a. a. O. S. 333 bemerken hierzu:

„Die für die Fälle der §§ 291 u. 774 (jetzt §§ 301 u. 829 Abs. 3) ausnahmsweise vorgeschriebene Frist von der Verkündung statt von der Zustellung an soll sicherstellen, daß der Zweck erreicht werde, welchen die Anstellung einer sofortigen Beschwerde in den erwähnten Fällen verfolgt.

Ein Gegner, welcher die Beschwerdefrist durch Zustellung der Entscheidung in Lauf setzt, wird oder kann in jenen Fällen nicht vorhanden sein. Die Erledigung der in Betracht kommenden Fragen würde daher im Widerspruch mit der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde der Willkür der beschwerten Partei anheim gegeben sein und beliebig hinausgeschoben werden können."

Der § 540 Abs. 2 a. A. lautet wörtlich:

„Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 302 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen."

Eine Ausnahme davon, daß die Zustellung durch die Parteien zu erfolgen hat, tritt ein, wenn die Entscheidung von Amtswegen zuzustellen ist. § 294 Abs. 3 (z. B. §§ 701. 604. 619). In diesem Falle ist die Zustellung von Amtswegen für den Beginn des Nothfristenlaufs maßgebend, und kann die Nothfrist der sofortigen Beschwerde nicht in Lauf gesetzt werden, wenn die Zustellung des beschwerenden Beschlusses durch die Partei und nicht, wie es hätte geschehen sollen oder noch zu geschehen hat, von Amtswegen stattgefunden hat. Denn in diesem Falle ist nur die Zustellung von Amtswegen die einzige nach dem Gesetze gültige Zustellung und kann daher nur sie die Frist in Lauf setzen. Auch bei den anderen Rechtsmitteln (Berufung und Revision) kommt ausnahmsweise eine Zustellung von Amtswegen vor, von deren Bewirkung an die Rechtsmittelnothfristen laufen, nämlich bei Urtheilen, die ergehen wegen der Trennung, Ungiltigkeits- oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe. § 582. Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Januar 1881 III 104 S. 375.

376. A. M. ist Vierhaus „die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts. XVIII Beschwerde. c. Beginn der Nothfrist für die sofortige Beschwerde" in Busch's Zeitschrift V (1882) S. 114 ff., welcher, allein sicher mit Unrecht, diese reichsgerichtliche Entscheidung als auf allzugroßem Formalismus beruhend erachtet.

Eine andere Frage ist die, ob ohne vorgängige Zustellung der Entscheidung die sofortige Beschwerde wirksam eingelegt werden kann? In § 477 und § 514, die von der Einlegung der Berufung und Revision handeln und sonst fast wörtlich mit § 540 bezüglich des Beginns der Nothfrist, innerhalb welcher das Rechtsmittel einzulegen ist, übereinstimmen, ist eine Zusatzbestimmung, dahin lautend: „Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos", welche in § 304, der von der Einlegung des Einspruchs handelt und in § 540 fehlt, enthalten. Es dürfte daher aus denselben Gründen, aus welchen die reichsgerichtliche Entscheidung vom 25. Januar 1881 III 115 S. 408 die Einlegung des Einspruchs vor Zustellung des Versäumnißurtheils für eine wirksame Einlegung dieses Rechtsbehelfes erklärt, auch die Einlegung der sofortigen Beschwerde ohne vorgängige Zustellung der Entscheidung zulässig sein, d. h. für wirksam erachtet werden. Vgl. auch für die Bejahung unserer Frage Schmidt: „Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde ohne vorgängige rechtsförmliche Zustellung der Entscheidung für zulässig zu erachten?" in Busch's Zeitschrift V (1882) S. 390 ff., welcher auch eine die Frage bejahende Entscheidung des II. Civil-Senats des Oberlandesgerichts zu Celle vom 12. Juli 1881 sammt Gründen mittheilt. Das versteht sich von selbst, daß in unserem Falle nur dann von einer wirksamen Einlegung der sofortigen Beschwerde ohne vorgängige Zustellung der Entscheidung gesprochen werden kann, wenn überhaupt die Entscheidung, also hier nach Einlegung der Beschwerde, zugestellt worden ist, weil jene erst mit der Zustellung in rechtliche Existenz für die einzulegende, bezw. bereits eingelegte Beschwerde tritt. Ist dann die Zustellung der Entscheidung in gesetzesförmlicher Weise erfolgt, so kann die sofortige Beschwerde nicht als unzulässig (verfrüht) verworfen werden. In einer solchen Verwerfung als unzulässig würde auch ein neuer Beschwerdegrund liegen, der die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde prozessualisch als statthaft erscheinen läßt. §§ 530. 531. —

Im Konkursverfahren sind abweichende Bestimmungen über den Anfang des Nothfristenlaufs enthalten in den §§ 146, 174 Konk.O.

Die Beschwerde selbst, die einfache wie die sofortige, wird nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, wie die Berufung oder Revision, eingelegt, sondern in Gemäßheit des § 532 durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim judex a quo; ausnahmsweise durch protokollarische Erklärung bei dem Gerichtsschreiber des judex a quo. Sie kann in dringenden Fällen auch beim Beschwerdegericht oder im gegebenen Falle unter derselben Voraussetzung beim Gerichtsschreiber des Beschwerdegerichts eingelegt werden. Die sofortige Beschwerde kann übrigens auch in nicht dringenden Fällen bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden und genügt diese Einlegung zur Wahrung der Nothfrist. Wenn das Beschwerdegericht die sofortige Beschwerde auch nicht für bringlich erachtet, so dürfte gleichwohl dasselbe die Beschwerde nicht mehr an das beschwerende Gericht oder den Beschwerdeführer, wie dies im gleichen Falle bei der einfachen Beschwerde geschehen mag, zurückgeben, sondern hat über dieselbe zu entscheiden. Bezüglich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der zur Einlegung der sofortigen Beschwerde einzuhaltenden Nothfrist ist in Gemäßheit des Abs. 2 des § 214, da die Einlegung der sofortigen Beschwerde durch Einreichung eines Schriftsatzes beim judex a quo oder ad quem zu erfolgen hat und nicht durch Zustellung an den Gegner, das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in der Form eines Schriftsatzes bei dem judex a quo oder ad quem einzureichen (und nicht dem Gegner zuzustellen), welcher folgenden Inhalt haben muß: a) die Angaben der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen; b) die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung, und c) die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 6 zu § 214 S. 261, welche richtig bemerken, daß im Falle des § 539, wenn es sich um eine sofortige Beschwerde handelt, der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Nothfrist der sofortigen Beschwerde nur beim Prozeßgericht gestellt werden kann. So auch Seuffert Civilproz.ordn. Bem. zu § 214 S. 227. Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) I Bem. zu § 214 S. 592. Kleiner Civilproz.ordn. I Bem. zu § 214 S. 676, 677.

Gaupp Civilproz.ordn. I Bem. zu § 214 S. 539. Eine Ausnahme von der Bestimmung, daß die Beschwerde innerhalb einer Nothfrist von zwei Wochen — § 540 Abs. 2 a. A. — einzulegen ist, ist vom Gesetz in Abs. 2 a. E. § 540 für den Fall getroffen, daß die Voraussetzungen für die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gegeben sind. § 540 Abs. 2 a. E. bestimmt wörtlich: „Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Nothfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Nothfristen erhoben werden. Hierzu bemerke ich: Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage ist nur gegeben, um rechtskräftige Endurtheile anzufechten. Deßhalb können Entscheidungen, welche der Anfechtung durch das Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen sind, nicht mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage angefochten werden. Es ist aber möglich, daß auch bei Entscheidungen, gegen welche die einfache, nicht befristete sowie die befristete, die sofortige Beschwerde zulässig ist, diejenigen Thatsachen vorliegen, welche das Gesetz in den §§ 542—545 für die Zulässigkeit der Nichtigkeits- und Restitutionsklage vorzuliegen erheischt. Wenn gegen solche Entscheidungen die einfache Beschwerde zugelassen ist, so ist dieselbe an keine Frist gebunden. Findet hingegen gegen solche Entscheidungen die sofortige Beschwerde statt, dann ist die Dauer der Nothfrist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde derjenigen Nothfrist gleich, welche bei der Wiederaufnahme des Verfahrens einzuhalten ist. Diese verlängerte Nothfrist ist nach § 549 zu rechnen. Die Motive S. 334 bemerken hierzu:

> „Die entsprechende Anwendung der für die Anfechtung von Endurtheilen gegebenen Vorschriften auf die Anfechtung der der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen ist durch § 516 (jetzt § 540) gesichert."

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerde, auch wenn die zweiwöchentliche Nothfrist umlaufen ist, dann noch so lange als die für die Restitutionsklage gegebene Nothfrist im Laufe ist. § 549. Vgl. auch v. Kries Rechtsmittel § 27 S. 404, welcher einen praktischen Fall anführt und an der Hand desselben die Sache klar erläutert.

Das Gericht ist nicht befugt, seine Verfügung, welche durch die sofortige Beschwerde angegriffen ist, selbst abzuändern. Sobald das Gericht die mit der Beschwerde angegriffene Verfügung erlassen hat, ist seine Thätigkeit bezüglich des Beschwerdegegenstandes zu Ende.

§ 540 Abs. 3. — Dies ist eine Ausnahme des § 534. Das gravirende Gericht hat, sobald die Beschwerdeschrift bei ihm eingereicht ist, solche dem superordinirten Gericht mit den Akten vorzulegen. Die sofortige Beschwerde erscheint nicht als Gegenvorstellung. — Das Nachsuchen der Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers nach § 539 Abs. 1 muß in den Fällen, in welchen sofortige Beschwerde begründet erscheint, binnen der Nothfrist beim Prozeßgericht erfolgen. Das Gesuch selbst ist noch keine eigentliche Beschwerde, in den Fällen der sofortigen Beschwerde erscheint es vielmehr auch, entgegen dem Charakter der sofortigen Beschwerde, als eine Art von Gegenvorstellung, jedoch mit der Eigenthümlichkeit, daß innerhalb der zweiwöchentlichen Nothfrist beim Prozeßgericht die Einreichung erfolgen muß, wodurch wieder der Charakter der sofortigen Beschwerde hervortritt. Hier ist aber auch die in § 532 Abs. 2 vorgeschriebene Form einzuhalten und gilt wegen des Beginns des Laufs der Nothfrist der Abs. 2 § 540. Hilft dann das Prozeßgericht nicht ab, so ist das Gesuch, welches nunmehr den vollständigen Charakter der sofortigen Beschwerde annimmt und hierfür gilt, weil innerhalb der zweiwöchentlichen Nothfrist das sich nun als sofortige Beschwerde qualifizirende Gesuch beim Prozeßgericht eingelegt worden ist, dem superordinirten Gerichte, dem Beschwerdegericht gemäß § 539 Abs. 2 unter Anschluß der Akten zur Entscheidung vorzulegen. § 540 Abs. 4. Gegen die Entscheidung auf die sofortige Beschwerde ist weitere Beschwerde im gegebenen Falle zulässig, die sich wieder als sofortige Beschwerde, aber auch als einfache Beschwerde herausstellen kann. Vgl. auch zu § 540 Abs. 4 Motive a. a. O. S. 333, welche bemerken, daß diese Bestimmung des besagten Paragraphen eine deklarative Bedeutung für die Berechnung der Nothfrist einer sofortigen Beschwerde im Falle des § 539 Abs. 1 habe. Mit Recht bemerkt Hellmann Civilproz.ordn. (Neue Ausg. 1881) II Bem. 3 zu § 540, daß, im Falle das Prozeßgericht, wenn es dem Gesuch nicht entsprechen will, dasselbe dem Beschwerdegericht nicht vorlegt, dem Gesuchsteller der Weg der landesgesetzlichen Beschwerde wegen Justizverweigerung oder Justizverzögerung offen steht. § 540 Abs. 4 stellt sich nach dem Ausgeführten als eine Art von Ausnahme des Abs. 3 § 540 heraus, insofern als das beschwerende Gericht im Falle des § 539 abändern darf. Der Suspensiveffekt der sofortigen

Beschwerde, der nur ausnahmsweise zulässig ist, ist durch § 535 normirt. Vgl. auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Bem. 7 zu § 540 S. 629. 630. Gaupp a. a. O. Bem. V zu § 540 S. 603 u. 604. v. Bülow Civilproz.ordn. (2. Aufl.) Bem. 3 zu § 540 S. 408. Darin dürfte Gaupp a. a. O. nicht beizustimmen sein, wie dies auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. richtig hervorheben —, daß sich die Beschwerde gegen die Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters, bezw. Gerichtsschreibers richte, vielmehr erscheint dies Gesuch als eine eventuelle Beschwerde gegen die nicht abändernde Entscheidung des Prozeßgerichts, welche gegebenen Falls der Anfechtung durch die sofortige Beschwerde unterliegt und ist in Betracht dieses Charakters des Gesuchs dasselbe in den Formen des Abs. 2 § 532 und unter Beobachtung der für die sofortige Beschwerde vorgeschriebenen Nothfrist — § 540 Abs. 2 einzureichen. Vgl. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Vgl. zu § 540: Entw. § 516. Nordd. Entw. §§ 820. 822. 824 Abs. 2. Prot. S. 273. 559. 560.

Druck von Troitzsch u. Ostertag in Berlin.

Neuere Besprechungen
von
Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Bis jetzt erschienen:
Erster Band. 1880. XIV u. 527 S. gr. 8. Preis: Geh. 8 Mark.
Zweiter Band, **erste** Lieferung. 1881. S. 528—720. Geh. 3 Mark.
Zweiter Band, **zweite** Lieferung. 1882. S. 721—976. Geh. 4 Mark.
(Schlußlieferung Anfang 1883.)

„— — Die Ansprüche, welche man an einen neuen Kommentar des Strafgesetzbuchs stellt, sind nicht gering; man wird die Leistung nach den vorzüglichsten in dieser Richtung bereits vorliegenden Werken messen. Und doch werden auch die so gesteigerten Anforderungen durch den uns nunmehr zur größeren Hälfte vorliegenden Kommentar Olshausens erfüllt. Reiches theoretisches Wissen und vorzügliche Kenntniß der Praxis verbunden mit vortrefflicher Sichtungsgabe und flüssigster Darstellungsweise haben es dem Verfasser möglich gemacht, ein Werk zu liefern, welches den besten Leistungen auf dem fraglichen Gebiete ebenbürtig an die Seite gestellt werden kann. Diese Ansicht darf als eine bei Theoretikern und Praktikern ganz übereinstimmende bezeichnet werden, das beste Zeugniß, daß der Verfasser seiner Tendenz, nach beiden Richtungen gleichmäßig zu befriedigen, gerecht geworden ist. Es ist wahrhaft wohlthuend, einer so vollständigen Herrschaft über das massenhafte Material in so übersichtlicher und durchsichtiger Behandlung zu begegnen, wie dies hier der Fall ist. Hervorzuheben ist, daß der Verfasser bei seiner Arbeit — die mit durch diesen Gesichtspunkt hervorgerufen worden ist — besondere Rücksicht auf die neue Justizgesetzgebung, soweit solche auf das Strafgesetzbuch Einfluß äußert, genommen hat. Bis jetzt steht das Werk an § 209 (jetzt § 259) und können wir nur wünschen, daß dasselbe recht bald seine Vollendung erreiche. Wir kommen dann gerne darauf zurück. Die äußere Ausstattung ist tadellos. —"

Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft 3. Folge I. Band.

„— Der vorliegende Kommentar hat nach des Referenten Urtheil alle seine Vorgänger überflügelt. Sein Vorzug besteht in seltener Vereinigung einer, durchgängig selbständiges und richtiges Urtheil dokumentirenden Wissenschaftlichkeit und Beherrschung der Literatur mit der sorgfältigsten Berücksichtigung der Praxis der früheren oberstgerichtlichen, der einzelnen Bundesstaaten, wie nunmehr des Reichsgerichts. Da die Rechtsprechung überall erst in zweiter Linie herangezogen wird, zur Illustrirung lediglich der zunächst auf wissenschaftlichem Wege gefundenen Resultate und bez. Bedenken, so wird ein einfaches Nachtragen späterer Entscheidungen an den einschlägigen Stellen den Kommentar immer jung und frisch erhalten, und dem Besitzer die Nothwendigkeit ersparen, jede neue Auflage anzuschaffen. — Der Verfasser ist, was seinen wissenschaftlichen Standpunkt anlangt, ein entschiedener Gegner der subjektiven Theorie, welche im Reichsgericht die Herrschaft errungen hat; dies zeigt sich deutlich in den Bemerkungen z. B. zu § 43 sub 8, 13, 15; zu § 47 sub 4; zu § 49a sub 2; er ist im Uebrigen in den Kardinalfragen des Strafrechts Anhänger Binding's. Als solchen zeigt er sich in seinen Aeußerungen über dolus und culpa, insbesondere indem er mit Binding zum dolus das Bewußtsein zwar nicht der Strafwürdigkeit aber der Rechtswidrigkeit der Handlung verlangt (ad § 59 sub 12; cf. ad § 56 sub 4); als solcher vertritt er in Frage nach dem Kausalzusammenhang die Ansicht, welche Binding Normen I S. 39 ff. aufstellt (ad § 118 sub 3). Aber nirgends fehlt ihm das Verständniß für die Auffassung der Gegner und überall bewahrt er sich auch seinen Autoritäten gegenüber sein eigenes Urtheil (vgl. z. B. seine Opposition gegen Bindiug rücksichtlich der Auslegung des § 59 auf S. 252). — So hoffen wir, daß der neue Kommentar, der von der Kritik einstimmig günstig beurtheilt wird, auch in Mecklenburg die verdiente Werthschätzung und Verbreitung finden möge."

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege u. Rechtswissenschaft I 3/4.
Professor Birkmeyer.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

In demselben Verlage sind neu erschienen:

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Reichsgerichtsrath und Küntzel, Kammergerichtsrath. Dritte Folge. Sechster Jahrgang. 1882. Heft 1—3. Preis für den Jahrgang von 6 Heften Subskriptionspreis 14 Mark. Nach vollständigem Erscheinen 16 Mark.

Fischer. Termin und Ladung im deutschen Civilprozeß. Von Dr. Otto Fischer, Amtsrichter und Privatdozent in Greifswald. (Besonderer Abdruck aus Gruchot's Beiträge, Bd. XXV: Redaction Rassow und Küntzel.) 1882. 118 S. gr. 8. Preis: Geh. M. 2,—.

Hellwig. Das Amt der Geschworenen nach den Reichsjustizgesetzen dargestellt von A. Hellwig, Landgerichtsrath in Duisburg. 1881. VIII 77 S. 12. Preis: Cart. M. 0,80.

Jaeckel. Die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts systematisch dargestellt von Dr. jur. Paul Jaeckel, Landrichter. 1881. VIII u. 218 S. gr. 8. Preis: Geh. M. 4,—.

—— **Die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 ergänzt durch das** Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879. Mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Justizgesetze von Dr. jur. Paul Jaeckel, Landrichter. 1882. Dritte vermehrte Auflage. VIII u. 323 S. gr. 8. Preis: Geh. M. 6,—. Geb. M. 7,20.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, herausgegeben von Reinhold Johow, Geh. Ober-Justizrath ꝛc., und Oskar Küntzel, Kammergerichtsrath. 1882. Zweiter Band. VIII u. 348 S. gr. 8. Preis: Geh. M. 5. Geb. M. 6,20.

Peters. Die Ehescheidung und die Ungültigkeits- und Nichtigkeits-Erklärung der Ehe im Geltungsbereiche des Preuß. Allg. Landrechts. Von W. Peters, Landgerichtsrath. 1881. 114 S. 8. Preis: Cart. 2 Mark.

Sperling. Die Bearbeitung der Konkurssachen ohne Gläubigerausschuß nach der R.-Konk.-Ordn. vom 10. Februar 1877, insbesondere die sich aus dem Aufsichtsrecht zur Sicherung des Richters ergebenden Anordnungen von Sperling, Amtsrichter in Kottbus. 1882. 24 S. 12. Preis: Cart. 60 Pf.

Wandersleben. Das Aufgebotsverfahren in Theorie und Praxis von A. Wandersleben, Amtsgerichtsrath. 1881. IV u. 109 S. 8. Preis: Cart. M. 1,80.

G. v. Wilmowski. Deutsche Reichs-Konkursordnung vom 10. Februar 1877, erläutert von G. v. Wilmowski, Justizrath. Im Anhang: Anfechtungsgesetz vom 2. Juli 1879 nebst Erläuterung. 1881. Zweite vermehrte Auflage. VIII u. 610 S. gr. 8. Preis: Geheftet M. 12. Gebunden M. 14.

Wohlers. Das Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom $\frac{\text{3. Juli 1875}}{\text{2. August 1880}}$ nebst den dazu erlassenen Regulativen ꝛc. erläutert nach den Motiven, den Verhandlungen des Landtags und den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts ꝛc. von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, vortragendem Rath im Königlichen Ministerium des Innern, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. 1881. VIII u. 204 S. 8. Preis: Cart. M. 2,80.

In demselben Verlage erschienen:

H. Meyer. — Anleitung zur Prozeßpraxis nach der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in Beispielen an Rechtsfällen, herausgeg. von Hermann Meyer, Obergerichtsrath in Celle. 1879. Acht Abdrücke. 348 S. gr. 8. Preis: Geheftet M. 6. Gebunden M. 7,20.

———— **Der Prozeßgang nach der neuen Civilprozeßordnung an einem** Rechtsfalle dargestellt. 1880. 8. Abdruck. Preis: Geheftet M. 1,20.

———— **Das Verfahren vor den Amtsgerichten nach der neuen Civil**prozeßordnung an einem Rechtsfalle dargestellt. 1880. 7. Abdruck. Preis: Geheftet M. 0,80.

———— **Der Zahlungs-Befehl. Gemeinverständliche Darstellung des Mahn**verfahrens nach der neuen Civilprozeßordnung. 1879. 1. bis 10. Abdruck. Preis: Geheftet M. 0,50.

Bahlmann. — Das Preußische Grundbuchrecht. Die das Preuß. Grundbuchrecht betr. und ergänz. Gesetze nach dem am 1. Oktober 1879 eingetretenen Rechtsstande. Mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen herausgegeben von W. Bahlmann, Geh. Oberregierungsrath. 1880. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage. VIII u. 880 S. gr. 8. Preis: Geheftet M. 12,—. Gebunden M. 13,80.

Jaeckel. — Das Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879 als Ergänzung zur Subhastationsordnung vom 15. März 1869. Mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen von Dr. Paul Jaeckel, Kreisrichter. 1879. IV u. 44 S. gr. 8. Preis: Geheftet M. 1,20. ☞ Nachtragsheft für die Besitzer der 1. Auflage der S.O.

———— **Die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 und das Gesetz** betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879. Textausgabe mit erläuterndem Vorwort und vollständigem Sachregister von Dr. Paul Jaeckel, Kreisrichter. 1879. X u. 72 S. 16. Preis: Cart. 80 Pf.

Severin. — Die preußische Stempelsteuergesetzgebung auf Grund der bestehenden Gesetze, Verordnungen und Erlasse, erläutert und ergänzt von C. A. Severin, Regierungsrath und Stempelfiskal. 1875. 1876. I. II. III. Cartonnirt M. 5,—.

I. Das Gesetz vom 5. Mai 1872, betr. die Stempelabgaben von gewissen, bei dem Grundbuchamte anzubringenden Anträgen. 1875. VI u. 42 S. gr. 8. Cartonnirt M. 1,—.

II. Das Gesetz vom 30. Mai 1873, betr. die Erbschaftssteuer. 1875. VI u. 104 S. gr. 8. Cartonnirt M. 2,—.

III. Das Gesetz vom 10. Juni 1869, betr. die Wechselstempelsteuer mit den dazu ergangenen Erlassen und gerichtlichen Entscheidungen nebst Tarif. 1876. 94 S. Cartonnirt M. 2,—.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

In demselben Verlage erschienen ferner:

Wohlers. — **Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen.** Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. Heft I—XIII. 1873—1882. Preis: Cartonnirt 25 Mark 60 Pf. (Heft I M. 1,60, Heft II—XIII je 2 M.) Heft XIII enthält ein die früheren Hefte umfassendes Sachregister.

——— **Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870** erläutert nach den Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen. 1881. Zweite vermehrte Auflage. IV u. 152 S. 8. Cart. Preis: M. 2,40.

Philler. — **Das Deutsche Reichs-Civilehegesetz. Das Gesetz vom 6. Febr.** 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Mit einem Kommentar und einem Anhang, enthaltend die amtlichen Formulare von O. Philler, Appellationsgerichtsrath. 1875. VI u. 111 S. 8. Cart. M. 1,80.

Stölzel. — **Deutsches Eheschließungsrecht nach amtlichen Ermittelungen** als Anleitung für die Standesbeamten bearbeitet von Dr. Adolf Stölzel, Geh. Justiz- und vortragendem Rathe im Justizministerium in Berlin. 1879. Dritte Auflage. Neue Ausgabe. XXV u. 138 S. Preis: Cart. M. 2,—.

Gruchot. — **Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht** auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, dargestellt von Dr. J. A. Gruchot, Appellationsgerichts-Rath in Hamm. 1865—1867. 3 Bände. 99½ Bogen. Geh. (20 M.) Herabgesetzter Preis M. 10,—.

Kurlbaum. — **Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, nebst I. Gesetz** betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Vom 17. Juli 1875; II. Hinterlegungsordnung. Vom 14. März 1879. Textausgabe mit erläuterndem Vorwort und vollständigem Sachregister. 1882. 24. vermehrte Auflage. Cart. M. 0,50.

Neumann. — **Die Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875** unter Einschaltung der bezüglichen Bestimmungen der Reichs-Justiz-Gesetze und systematischer Darstellung des Familien- und Erbrechts, erläutert durch Carl Neumann, Amtsgerichtsrath in Allenstein. 1880. Zweite umgearbeitete Auflage. VIII u. 232 S. gr. 8. Preis: Geh. M. 6,—. Geb. M. 7,20.

Philler. — **Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nebst den mit** derselben in Verbindung stehenden Gesetzen. Mit einem Kommentar herausgegeben von O. Philler, Appellationsgerichts-Rath. 1875. VI u. 158 S. 8. Cart. M. 2,40.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

werden wird, ob die Lösung aus der praktischen Vernunft und aus dem Bedürfniß der Rechtsanwendung immer auch diejenige ist, welcher die formelle Sanktion des Gesetzes zur Seite steht. In der Literatur der Kommentare zur C.P.O. ist dieses Werk der wichtigste Vertreter des altländisch preußischen Rechtsgebietes. Während bei Struckmann und Koch namentlich in Fragen, welche den äußeren Gang des Prozesses betreffen, eine sehr erklärliche Hinneigung zu der bisher im ehemaligen Königreich Hannover festgehaltenen Praxis nicht zu verkennen ist, tritt in diesem Werke mitunter eine vielleicht nicht ganz unberechtigte Reaktion gegen diese Auffassung zu Tage."

Einen besonderen Vorzug wird der Kommentar von v. Wilmowski und Levy dadurch haben, daß die Verfasser, mitten in der Praxis des größten deutschen Gerichtshofes stehend, die Erfahrungen an diesem bei der praktischen Anwendung des neuen Gesetzes jetzt und dauernd für den Kommentar verwerthen.

G. v. Wilmowski und M. Levy. Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Civilprozeßordnung mit ausführlichem Sachregister und einem Register der abgeänderten und aufrechterhaltenen gesetzlichen Bestimmungen.

1880. 1. 2. Abdruck. X u. 387 S. Preis Geh. 5 M. Geb. M. 6,20.

Diese Zusammenstellung enthält die gesetzlichen Ausführungs- und Uebergangsbestimmungen aus dem ganzen Reich:

Inhalt: I. Preußen. II. Bayern. III. Königreich Sachsen. IV. Württemberg. V. Baden. VI. Großherzogthum Hessen. VII. Oldenburg. VIII. Mecklenburg-Schwerin. IX. Mecklinburg-Strelitz. X. Sachsen-Weimar-Eisenach. XI. Anhalt. XII. Braunschweig. XIII. Sachsen-Altenburg. XIV. Sachsen-Coburg-Gotha. XV. Sachsen-Meiningen-Hildburghausen. XVI. Reuß ält. Linie. XVII. Reuß jüngerer Linie. XVIII. Schwarzburg-Rudolstadt. XIX. Schwarzburg-Sondershausen. XX. Lippe. XXI. Schaumburg-Lippe. XXII. Waldeck. XXIII. Bremen. XXIV. Hamburg. XXV. Lübeck. XXVI. Elsaß-Lothringen.

aber nur zur Civilprozeßordnung in extenso, alles Uebrige unter Anführung des Datums des Erlasses und des Fundortes.

☞ **Exemplare mit den Ausführungs- und Uebergangsgesetzen zur Reichs-Konkursordnung,** herausgegeben von v. Wilmowski, zusammen in 1 Band gebunden Preis M. 9.—

G. v. Wilmowski und M. Levy. Zur praktischen Anwendung der Deutschen Civilprozeßordnung. Vorträge gehalten im Berliner Anwaltverein.

1879. 1. 2. Abdruck. 184 Seiten 8. Preis: Geheftet M. 2,40.

„Diese Vorträge begreifen, indem je einer von dem Prozeßbetrieb, der Mündlichkeit und Schriftlichkeit in der Civilprozeßordnung, dem Gang des Verfahrens in erster Instanz, den Terminen, Fristen und der Versäumniß, dem Beweis, den Rechtsmitteln, der Beschwerde und den besonderen Prozeßarten der Zwangsvollstreckung, dem Arrest und den einstweiligen Sicherungsverfügungen handelt, das ganze Gebiet des neuen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. — Es werden demnach hier die der neuen Civilprozeßordnung zu Grunde liegenden leitenden Gedanken aus der sie oft verdeckenden Hülle der Detailbestimmungen herausgeschält, ihre Durchführung unter übersichtlicher Zusammenstellung des Zusammengehörigen durch das ganze Gesetz verfolgt und bei abstrakteren Bestimmungen überall gezeigt, wie sich die Theorie am zweckmäßigsten in die Praxis werde übersetzen lassen. Insbesondere werden Rechtsanwälte aus den desfallsigen Vorschlägen über die einfachste Einrichtung der vorbereitenden Schriftsätze, den Prozeßbetrieb in der mündlichen Verhandlung der ersten und zweiten Instanz und über den Betrieb der Zwangsvollstreckung manchen willkommenen Wink entnehmen können."

In dem unterzeichneten Verlage erschienen neu:

Die

Haftpflicht des Bergwerksbesitzers aus der Beschädigung des Grundeigenthums

nach Preußischem Rechte

von

Daubenspeck,

Oberlandesgerichtsrath in Hamm.

Cartonnirt, Preis: 2 Mark.

Die

Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen von Amts wegen.

Von

Hermann Meyer,

Landgerichtsrath in Münster i./W.

Preis: M. 1,20.

Die

Geschäfts-Revisionen bei den Amtsgerichten

dargestellt von

Schmidt,

Oberlandesgerichtsrath in Hamm i./W.

Preis: 2 Mark.

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung

vom 6. Februar 1875

nebst den

dazu ergangenen Verordnungen, Instruktionen und Entscheidungen des Bundesrathes und der Preuß. Ministerien

nach den Ministerialakten

bearbeitet und herausgegeben von

Wohlers,

Geh. Ober-Regierungsrath, vortrag. Rath im Königl Preuß. Ministerium des Innern, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen.

Zweite vermehrte Auflage.

Cartonnirt, Preis: M. 2,80.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Barazetti, Caesar

Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung

Berlin 1882

J.pract. 17 mu
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11633965-4